الجوانب القانونية للشركة الفعلية في القانون والقضاء الاردني

إعداد

أحمد علي أحمد خوالدة

المشرف

الدكتور باسم ملحم

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في

القانون

كلية الدراسات العليا

الجامعة الأردنية

نيسان، 2012

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ إن أريد إلا الإصلاح ما استطعت وما توفيقي إلا بالله عليه توكلت

وإليه أنيب ﴾

هود (88)

نموذج التفويض

الجامعة الأردنية

نموذج التفويض

أنا **أحمد علي أحمد خوالدة** أفوض الجامعة الأردنية بتزويد نسخ من رسالتي /أطروحتي للمكتبات أو المؤسسات أو الهيئات أو الأشخاص عند طلبهم حسب التعليمات النافذة في الجامعة.

التوقيع:

التاريخ:2012/4/15

The University of Jordan
Authorization Form

I am **Ahmad ali ahmad khawaldeh** authorize the University of Jordan to supply copies of my Thesis/ Dissertation to libraries or establishments or individuals on request, according to the University of Jordan regulations.

Signature:

Date: 15 /4/ 2012

قرار لجنة المناقشة

نوقشت هذه الرسالة/الأطروحة (الجوانب القانونية للشركة الفعلية في القانون والقضاء الأردني) وأجيزت بتاريخ 2012/3/4

أعضاء لجنة المناقشة	التوقيع
الدكتور باسم محمد ملحم، مشرفاً استاذ مشارك – القانون التجاري	....
الدكتور طارق محمد الحموري، عضواً استاذ مشارك – القانون التجاري	....
الدكتور قيس على محافظة، عضواً استاذ مشارك – القانون التجاري	....
الدكتور قيس عنيزان الشرايرى ، عضواً استاذ مشارك – القانون التجاري (جامعة عمان العربية)	....

الإهداء

إلى من جرع الكأس فارغاً ليسقيني قطرة حب

إلى من كلّت أنامله ليقدم لنا لحظة سعادة

إلى من حصد الأشواك عن دربي ليمهد لي طريق العلم

إلى القلب الكبير (والدي العزيز)

إلى من أرضعتني الحب والحنان

إلى رمز الحب وبلسم الشفاء (والدتي الحنون)

إلى القلب الناصع بالبياض (والدتي الحبيبة)

إلى الدافئ قلبه أخي (القاضي هيثم)

إلى أحبتي أيهم ورنيم وعلي وغسان ومحمد

إلى القلوب الطاهرة الرقيقة والنفوس البريئة إلى رياحين حياتي (إخوتي)

الباحث

شكر وتقدير

بسم الله الرحمن الرحيم، ،،، والصلاة والسلام على رسوله الكريم

أما بعد فان الشكر لله أولا وأخيرا. وانه ليسرني ويثلج صدري أن أتقدم بالشكر الجزيل والامتنان الوفير إلى أستاذي ومشرفي الدكتور باسم ملحم الذي ما كان يوما إلا نبراسا متلألئا أنار لي دروب العلم والمعرفة، وما بخل يوما عن مد يد العون والمساعدة. فكان الأستاذ الفاضل والأب المعلم والناصح الأمين وأدعو الله أن يمتعه دوما بالصحة والعافية ليظل منبرا لطالب العلم وخلقا وإخلاصا نادرين.

كما أتقدم بجزيل الشكر والتقدير لكافة الزملاء والزميلات الذين تعاونوا معي في كتابة وإعداد هذه الدراسة واخص بالذكر الهيئتين الإدارية والتدريسية في الجامعة الأردنية وأتقدم كذلك بالشكر الوافر إلى أساتذتي أعضاء لجنة المناقشة الإجلاء على ما عانوه في قراءة رسالتي المتواضعة وإثرائها بتوجيهاتهم القيمة. وعليه فانني أتقدم بخالص الشكر إلى كل من الدكتور طارق الحموري والدكتور قيس محافظة والدكتور قيس الشرايرة.

والشكر الموصول إلى الأصدقاء الذين وقفوا معي طوال مشوار دراستي وأثناء كتابة الرسالة.

الباحث

الفهرس

الجوانب القانونية للشركة الفعلية في القانون والقضاء الاردني

إعداد

أحمد علي أحمد خوالدة

المشرف

الدكتور باسم ملحم

الملخص

تعتبر نظرية الشركة الفعلية أو الشركة الواقعية إحدى النظريات التي اعترف بها التنظيم القانوني الاردني والتي تستند في أن الأصل في البطلان أن يتم بأثر رجعي مقتضاه إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل تقريره، على إن إعمال هذا الأثر الرجعي للبطلان في شأن الشركة لا يستقيم إذا كانت قد عاشت فترة وصارت لها معاملات مع الغير، فلا يسوغ اعتبار الشركة كأن لم تكن وإنكار وجودها في الفترة التي قامت فيها كشخص معنوي لما يترتب على ذلك من نتائج شاذة وضارة بالغير ومن ثم اتجه القضاء إلى الاعتراف بالوجود الفعلي للشركة إذا تعرضت للبطلان قبل الحكم به بحيث يعطل أثره الرجعي، فلا يسري بطلان الشركة على الماضي ولكن يقتصر أثره على المستقبل فقط.

إن القاعدة الأساسية في البطلان أن تزول آثار العقد المبرم بين الأطراف وتمحى آثاره بالنسبة للماضي والمستقبل واعتبار العقد كأن لم يكن بحيث يعود المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل العقد، ولكن الواقع العملي ابرز نتائج تتعارض مع فكرة إخضاع عقد الشركة للبطلان المطلق، وذلك بشكل يحقق العدالة بين الأطراف ويمنع المشاكل والدعاوي التي قد تقوم بين الشركاء أنفسهم أو بين الشركاء والغير حسن النية.

وبهذا تخرج الشركة الفعلية من نطاق العقد الباطل بالنسبة للماضي بل تمتد آثاره إلى المستقبل، خاصة وأن الشركة الفعلية استمرت فترة من الزمن وتعاملت مع الغير مما رتب لها حقوق وألقى عليها بالتزامات تجاه الغير، وقد ساهمت الشركة الفعلية في تنشيط الحركة

الاقتصادية في الدولة فعدم الاعتراف بها يؤدي إلى الإخلال بالنظام الاقتصادي علـــى مـــستوى الدولة.

المقدمة

اهتدى الفكر القانوني إلى العديد من النظريات القانونية التي استلهمها من القواعد العامة، وقد اتجه الفقهاء الى الحديث عنها والاستفاضة فيها، فتناول الافكار والنظريات الحديثة فاستزاد في بعضها وقلل في البعض الاخر مثل نظرية الشركة الفعلية، وعليه فإن الباحث ولأهمية الدراسة ارتأى أن يتناول موضوع نظرية الشركة الفعلية في الفقه والقانون والقضاء الأردني ما أمكن. وذلك على الرغم من الصعوبات التي ستواجه الباحث عند إعداد هذه الدراسة وخاصة ما يتعلق منها بنقص المراجع التي تناولت الموضوع محل الدراسة.

في ظل التطور الاقتصادي الذي يشهده العالم في المجال التجاري للشركات إلى جنب مع التطور التكنولوجي الذي يشهده العالم الحديث،وما يتسبب في ظهور الكثير من المشاكل التي رافقت موضوع الشركات مثل نظرية الشركة الفعلية التي اخترقت المفاهيم التقليدية لنظرية الشركة. مما دعا القضاء والفقه إلى الاعتراف بنظرية الشركة الفعلية والتوسع بمفهومها. وقد سوغت الاعتراف القضائي بهذه النظرية أسباب عديدة وجدت لسد ثغرة قانونية اعترت عقد الشركة بوجه عام.

اجتهد القضاء والفقه والقانون للاعتراف بنظرية الشركة الفعلية وصولاً إلى حلول عملية لمعالجة المشاكل العلمية والعملية التي لازمت فكرة تسجيل عقد الشركة، وبذلك تظهر أهمية دراسة موضوع الشركة الفعلية بشكل من التحليل والتركيز من خلال دراسة مفهوم نظرية الشركة بشكل عام ومن ثم الإشارة إلى مفهوم نظرية الشركة الفعلية، ونشأتها، وتطورها التاريخي، وموقف الشريعة الإسلامية من هذه النظرية.

إن القاعدة الأساسية في البطلان أن تزول آثار العقد المبرم بين الأطراف وتمحى آثاره بالنسبة للماضي والمستقبل واعتبار العقد كأن لم يكن بحيث يعود المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل العقد، ولكن الواقع العملي ابرز نتائج تتعارض مع فكرة إخضاع عقد الشركة للبطلان المطلق، وذلك بشكل يحقق العدالة بين الأطراف ويمنع المشاكل والدعاوي التي قد تقوم بين الشركاء أنفسهم أو بين الشركاء والغير حسن النية.

وبهذا تخرج الشركة الفعلية من نطاق العقد الباطل بالنسبة للماضي بل تمتد آثاره إلى المستقبل، خاصة وأن الشركة الفعلية استمرت فترة من الزمن وتعاملت مع الغير مما رتب لها حقوق وألقى عليها بالتزامات تجاه الغير،حيث أن التطور الاقتصادي الحديث أدى إلى وجود قصور تشريعي في معالجة موضوع تسجيل الشركات بشكل عام، الأمر الذي يستدعي التدخل

لمعالجة هذا الموضوع ويساعد تبني المشرع لنظرية الشركة الفعلية واللجوء إلى هذه الشركة لحل العديد من النزاعات التي ترافق استمرار الشركة منذ تأسيسها إلى تسجيلها أو فترة حلها أو فسخها بقوة القانون أو بتحكيم قضائي، خاصة وأن الشركة استمرت في أعمالها لفترة طويلة ولظروف معينة حتى يصدر قرار الفسخ أو التصفية.

ويزخر الواقع العملي بالعديد من الأسباب التي تدعو المشرع للأخذ بنظرية الشركة الفعلية؛ فعندما يتشارك شخصان أو أكثر في عمل معين دون أن تتضح نية الأطراف في تحديد التكييف القانوني أو الوصف القانوني السليم لعملها أو لم يختاروا نموذج معين للشركة وبما أن البطلان يزيل أثار العقد بالنسبة للماضي فما هو الحل إذا ما انتهت هذه الشركة قبل التسجيل، أو هل من الممكن الاعتراف باستمرارها على الرغم من مخالفتها للقواعد القانونية حفاظاً على الحركة الاقتصادية في الدولة خدمة للإفراد والدولة معاً وهل يتماشى ذلك مع ضمان تطبيق القانون على المجتمع بما يكفل تحقيق الغاية الأساسية المتمثلة في تأمين التعامل مع الأفراد بشكل سليم.

أن الأخذ بقاعدة البطلان على إطلاقها يؤدي إلى إهدار كافة المعاملات التي يكون الشخص طرفاً فيها مما ينتج عنه إخلالا في استقرار المراكز القانونية وهو الذي يعتبر عبئاً في حقوق الغير حسن النية والذي تعامل مع الشركة دون العلم بالعيوب التي تلحق بعقد تأسيسها.كما أن البطلان وان ألغي الشركة في الماضي لن يستطيع إنكار الشخصية القانونية لهذه الشركة في الفترة التي استمرت فيها. وتختلط الشركة الفعلية كنظرية قانونية مع غيرها من الأنظمة القانونية خاصة وأن الاعتراف الواقعي العملي لا القانوني للشركة الفعلية يتماشى مع المنطق وواقع الأمور.

وبما أن نظرية الشركة الفعلية ملازمة لعقد الشركة ولم يتم طرحها في الكتب والمواثيق العلمية بشكل مختص فإن ذلك يجعل منها ضرورة ملحة لمعالجة كافة تفاصيلها، وتحديد الوضع القانوني السليم بالنسبة لها. الأمر الذي قد يستتبعه أهمية تبني نظام أو فصل مختص بالشركة الفعلية في التشريعات القانونية المختلفة سواء أكانت مدنية أو تجارية. ويتطلب دراسة موضوع الشركة الفعلية تحليل النصوص القانونية المتعلقة بها سواء تلك الواردة في القانون المدني الأردني أو قانون الشركات مع استعراض الآراء الفقهية المقارنة لنظرية الشركة الفعلية، مع أهمية الإشارة لقرارات محكمة التمييز الأردنية والمحاكم القضائية كون الشركة الفعلية ذات اجتهاد قضائي (قضائية النشأة).

ويلزم ذلك تحديد الأركان العامة الموضوعية والخاصة بعقد الشركة الفعلية وتحديد نطاق تطبيقها في النظام القانوني الأردني. ويشمل دراسة الآثار الناتجة عن عقد الشركة الفعلية تلك الآثار التي نشأت بين الشركاء أنفسهم أو بينهم وبين الغير الذي يتعامل مع الشركة بحسن نية، وما يستتبع ذلك من أحقية الشريك أو الغير في رفع دعوى قضائية على سند من القول بوجود الشركة الفعلية للمطالبة بحقوقه أو تحديد التزاماته القانونية تجاه الطرف الآخر.

وتجدر الإشارة إلى أهمية تحديد الحالات التي تنقضي بها الشركة الفعلية حسب القوانين المقارنة والقانون الأردني اعتماداً على الآراء الفقهية في الموضوع، ومعرفة موقف محكمة التمييز الموقرة في هذا المجال بما يتضمن تقديم الاقتراحات والحلول القانونية المناسبة لنظرية الشركة الفعلية وتحديد ضوابطها في القانون الأردني بما يتماشى مع المنطق القانوني وواقع الأمور، وتلخيصا لذلك ستحاول هذه الدراسة طرح العديد من الفرضيات والمسائل المتعلقة بنظرية الشركة الفعلية.

وتكمن أولى هذه الفرضيات بتحديد ماهية الشركة الفعلية وموقف الشريعة الإسلامية – بوصفها من مصادر التشريع– من هذه النظرية كاستثناء على الأصل، وتتعلق الفرضية الثانية بمعايير وضوابط نظرية الشركة الفعلية بهدف تمييزها عما يتشابه معها وصولا إلى شروط النظرية وكيفية إثباتها،وتتعلق الفرضية الثالثة بالأركان القانونية الرئيسية للشركة الفعلية، أما الفرضية الرابعة فتتعلق بنطاق تطبيق نظرية الشركة الفعلية وأخيرا نتناول آثار هذه النظرية وكيفية انقضاؤها وهذا ما سنتناوله في الفصل التمهيدي.

الفصل التمهيدي
التعريف بنظرية الشركة بوجه عام

يجب ان تتخذ الشركة التجارية احد الاشكال القانونية التى حددها القانون وإلا كانت باطلة ولقد نشأت هذه النماذج فى الحياه العملية وكان بعضها قد وجد منذ زمن بعيد ثم جاءت التشريعات المختلفة وقننت هذه النماذج وأقرت ما استقر عليه العمل ولا شك ان عدد هذه النماذج القانونية للشركات قد جاء استجابة لمتطلبات الحياة الاقتصادية

المبحث الاول
مفهوم نظرية الشركة وتطورها التاريخي

لم تقتصر نصوص قانون التجارة صفة التاجر على الأشخاص الطبيعيين،بل امتدت لتشمل بعض المشاريع القانونية التي تساهم في تيسير الحركة التجارية في المجتمعات، وذلك بما تتمتع به من مزايا وخصائص قانونية منحها لها المشرع – لأغراض عديدة – وهذه المشاريع تسمى بالشركات التجارية، والتي تهدف إلى تحقيق أغراض اقتصادية واجتماعية وتجارية قد يعجز عنها الفرد الطبيعي، حيث يعود ذلك لاستمرارية شخصيتها القانونية وامتدادها القانوني دون النظر إلى المراكز القانونية للأطراف.أي ما تتمتع به من شخصية قانونية مُنحت بموجب القانون.

هذه المكانة المرموقة التي احتلتها الشركات التجارية جعلت منها محط اهتمام الفكر القانوني والقضائي والاهتمام المحلي والدولي وذلك تحقيقاً لرقابة الدولة على هذه المشاريع التجارية،فاعترف القضاء والفقه والقانون بالوجود الشرعي القانوني الواقعي لها، وأقرت لها بشخصية قانونية متميزة تمثلت بالشخصية المعنوية للشركة.

تعني الشركة في اللغة مصدر من شرك يشرك شركاً وشركة، وشركت بعقد كما في المال وأشركته جعلته شريكاً. ومعناها لغة الاختلاط،أو خلط الشريكين[1] وقد ورد في الحديث النبوي عن المصطفى صلى الله عليه وسلم " الناس شركاء في ثلاث الماء والكلأ والنار".

أما في التعريف القانوني فإننا نجد القانون قد عرف الشركة على أنها عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهما في كيانات مالية بتقديم حصته من مال أو من عمل

([1]) لسان العرب لابن منظور (333,2)

لاستثمار ذلك المشروع واقتسام ما ينشأ عنه من ربح أو خسارة([1]). فعقد الشركة هو تصرف قانوني يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بالمساهمة في مشروع تجاري صناعي أو مالي بتقديم حصته عمل أو مال لاقتسام الأرباح والخسائر.

منذ قديم الزمان حيث عرفت الشركات وجدت التشريعات المنظمة لها، فقد وجدت الشركات عند البابليين والفراعنة في مصر، وقد تناولت المواد (108-107) من تشريعات حمورابي بعض الأحكام المنظمة لعقد الشركة في تلك الفترة، من هذه الأحكام تعريف عقد الشركة([2]) عندما يقدم شخص مالاً لآخر عملاً مقابل قسمة الأرباح بينهما أو بحسب الاتفاق.

وقد عرف الإغريق عقد الشركة في القرن السادس قبل الميلاد حيث ابتكروا نظام القرض البحري أي بمعنى الاتفاق على استغلال البضائع مقابل فائدة تصل إلى 20% أو نسبة معينة من الربح. وتميز نظام الشركات اليوناني بالعديد من المزايا أهمها عدم الحاجة إلى تدوين عقد الشركة وإنما كانوا يتبعون القواعد العامة التي كانت منتشرة في ذلك الوقت،أما الميزة الثابتة فهي اعتراف اليونانيين بالشخصية المعنوية للشركة باعترافهم بالذمة المالية المستقلة للشركة([3]).

وقد اعترف الرومان بالشركة ببيان خصائص عقد الشركة وهي إنه عقد رضائي يشبه عقد الوكالة يجمع بين مصالح عدة أشخاص أو أطراف لتحقيق أهداف مشتركة. وتفصيل أنواع الشركات لديهم وهي إما شركة تجارية عامة أو مختصة بالزيت أو النبيذ أو الحنطة، وقد اهتمت الشريعة الإسلامية في مواكبة ظهورها بموضوع الشركة دون الخوض في تفاصيلها وأحكامها الدقيقة فعرفت التعامل بالشركة ووضعت لها من الأحكام العمومية ما يلزم لها في تلك الفترة، ويعود ذلك لنشاط حركة التجارة من الجزيرة نحو بلاد الشام واليمن وهي ما سميت برحلة الشتاء والصيف.

---

(1) القانون المدني رقم (43)، لسنة 1976المنشور على الصفحة (2) من عدد الجريدة الرسمية رقم (5462) بتاريخ 1976/8/1 أصبح قانونا دائما بموجب اعلان اعتبار القانون المؤقت رقم 1976/43 قانونا دائما المنشور على الصفحة من عدد الجريدة الرسمية رقم (4106) بتاريخ 1996/3/16،المادة (582)

([2]) أنطاكي، رزق الله أنطاكي، نقلاً عن، الخياط دعبد العزيز عزت، الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ط1 – 1971,1390، منشورات وزارة الأوقاف والمقدسات الإسلامية، صفحة 25،جمعية عمال المطابع التعاونية، عمان، الأردن

(3) يونس علي حسن،الشركات التجارية،دار الفكر العربي،القاهرة،1996م

وما إن اتسعت رقعت الدولة الإسلامية وزادت مساهمتها فصل الفقهاء في موضوع الشركة وميزوا أنواعها سواء أكانت شركات أشخاصاً أو شركات أموال، وظهر جلياً اختلاف الأئمة الأربعة وفقهاء الشريعة في إباحة أنواع من الشركات وتحريم أنواع أخرى، فقد خضعت الولايات الإسلامية الصغيرة لسيل من الاجتهادات الفقهية دون الاعتراف بالشخصية الاعتبارية ولا بالذمة المالية المستقلة لشركة الأشخاص([1]).

وقد توسع القانون الكنسي في الأخذ بمفهوم الشركة،على الرغم من القيود المفروضة على الشعوب في تلك الفترة تزامناً مع اعتراف الجمهوريات الإيطالية بها، وانتقلت الشركات في القرنين السادس عشر والسابع عشر إلى أوروبا ومن ثم إلى أمريكا اللاتينية، وإلى إفريقيا من خلال سن التشريعات والصرافة والتأمين وخير الأمثلة عليها شركة الهند الشرقية الهولاندية التي تأسست سنة 1602م([2])

ولما توسعت الحركة الصناعية وازدهرت التجارة في العالم بشكل كبير،انتشرت الشركات أنذاك وتوسعت وظهرت العديد من القوانين الناظمة للشركات؛ كالقانون الذي صدر في فرنسا سنة 1856م ونظم شركة التوصية بالأسهم والقانون الألماني الذي صدر سنة 1897م، ونظم الشركة ذات المسؤولية المحدودة. ولقد تتابعت التشريعات المنظمة للشركات في العالم واختلفت حسب النظم الخاضعة لها سواء أكانت إسلامية أم اشتراكية أو رأسمالية أو شيوعية،حيث صدرت مجلة القوانين الشرعية والأحكام العدلية في 25 آب 1904 المقننة وفق الفقه الإسلامي[(3)]. وفي الأردن فقد ظهر أول قانون للشركات من خلال القانون المؤقت رقم(33) لسنة 1962م[(4)] قد ظل سارياً إلى أن صدر قانون الشركات رقم (22) لسنة 1997م وتعديلاته الذي مازال ساري المفعول حتى هذه اللحظة.

([1]) لم تعرف الشريعة الإسلامية أنذاك إلا شركات الأشخاص،راجع عبد العزيز الخياط، مرجع سابق، صفحة 28-29

(2) طه،مصطفى كمال،الشركات التجارية لأحكام العامة في الشركات وشركات الأموال،دار الجامعة الجديدة 2007،الاسكندرية.

([3])الخياط عبد العزيز، مرجع سابق، صفحة 31 وما بعدها

([4]) قانون الشركات وتعديلاته رقم 33 لسنة 1962 المنشور على الصفحة 1037 من عدد الجريدة الرسمية رقم 1637 بتاريخ 1962/9/16

المبحث الثاني
النظام القانوني للشركات

جاءت الانظمة القانونية المختلفة ومنها النظام القانوني الاردني بتنظيم معين للـشركات التجارية وكيفية تكوينها وإدارة أعمالهاوذلك كما يلي:

المطلب الاول
النظام التشريعي للشركات

يقصد بالنظام القانوني للشركات مجموعة الأحكام والقواعد القانونية العامة والخاصة التي تتناول موضوع الشركات باعتبارها أحد أكثر أنواع العقود المسماة شيوعاً سواء أكانت قواعـد قانونية تبين أركان قيام عقد الشركة،أو تلك الأحكام القانونية المنظمة لعمل الشركات منذ نـشأة فكرة تأسيسها إلى أن يتم تصفيتها أو انهاؤها، مثل تلك الأحكام القانونية الواردة فـي القـانون المدني الأردني رقم (43) لسنة (1976)م أو في قانون الشركات رقـم (22) لـسنة (1997)م وتعديلاته.ففي القانون المدني الأردني ورد النص على بعض الأحكام العامة لعقد الشركة حسب تعريف القانون المدني لعقد الشركة بوجهٍ عام في المادة(582) تم تناول موضـوع الشخـصية المعنوية للشركة في المادة (583) أما المواد (584–590) فقد تناول موضوع الأركان الخاصة بعقد الشركة مثل، الكتابة وحصص الشركة ورأسمال السركة وكيفية توزيع الأرباح والخسائر.

أما بالنسبة لموضوع إدارة الشركة فقد تناولت المواد (591–596)الحديث عن أعمـال وأموال الشركة وإدارتها وكيفية التصرف بها، بالإضافة إلى تغيب مدير الشركة وطبيعة الأعمال التي يتوجب على المدير القيام بها. وقد أشار القانون المدني إلى الآثار المترتبـة علـى عقـد الشركة في المواد (597–600) من خلال كيفية إدارة مصالح الشركة والحفاظ على الأغراض الرئيسية للشركة، مع الاشارة إلى الديون المترتبة للشركاء تجاه بعضهم البعض. كما تـضمنت الأحكام القانونية الواردة في القانون المدني الأردني فكرة انقضاء الشركة فـي المـواد (601–605) بتحديد طرق وأسباب انقضاؤها، ومدى جواز الاتفاق على انهاؤها أو اسـتمرار عملهـا رغم الظروف التي تحيط بالشركة، ومدى السلطة التقديرية التي تتمتع به المحكمـة فـي هـذا

المجال، وقد تناول القانون المدني تصفية الشركة وقسمتها في المواد (606-610) بالإشارة إلى طريقة تصفيتها، ومدى تأثير ذلك على الشخصية المعنوية للشركة والأعمال التي يجب على المصفي القيام بها وكيفية الوفاء بحقوق الدائنين والشركاء فيها، وفي النهاية تحدث المشرع المدني الأردني عن بعض أنواع الشركات مثل شركة الأعمال المواد (611-618) وشركة المضاربة المواد (621-635) وشركة الوجوه المواد(621-635)من القانون المدني الأردني.

أما قانون الشركات الأردني رقم (22) لسنة 1997 وتعديلاته فقد تناول في المادة (2) بعض التعاريف والمفاهيم، وفي المادة الثالثة فحدد نطاق تطبيق قانون الشركات ومصادر قانون الشركات وتناولت المواد (4-5) تأسيس الشركة وتاريخ اعتبارها شخصياً معنوياً وشروط التأسيس والقرار الصادر بالموافقة على التأسيس والطعن به أما في المادة السادسة فأوضح المشرع أن الشركات خمسة أنواع وهي:

1- شركة التضامن المواد (8-40).

2- شركة التوصية البسيطة المواد (41-48).

3- الشركة ذات المسؤولية المحدودة المواد (53- 76).

4- شركة التوصية بالأسهم (77-89).

وبالنسبة للشركة المساهمة العامة فقد توسع المشرع الأردني في الحديث عنها في المواد (90-191) كما جاء الحديث في قانون الشركات عن أنواع آخرى من الشركات، وهي الشركات القابضة وشركة الاستثمار المشترك والشركة المعفاة والشركة الاجنبية وشركات العقد ومكاتب التمثيل في المواد (204-251). وخصص المشرع الأردني المواد (49-52) من قانون الشركات للحديث عن الشركة المحاصة. ثم جاء المشرع الأردني بتعديل حديث تناول الشركة المساهمة وذلك عام 2001م ووردت أحكامها في المواد (65-89) مكرر من قانون

الشركات لعام 1997 [1]؛ فقد تناول قانون الشركات موضوع الشركات بالقانون الصادر عام 1997 وتعديلاته؛ ضمن (286) مادة موزعة على خمسة عشر باباً حيث تناولت التعريفات والأحكام البسيطة والخاصة والشركة ذات المسؤولية المحدودة وشركة التوصية بالأسهم والشركات المساهمة العامة،بالإضافة إلى الحديث عن الشركة القابضة والاستثمار المشترك والشركة المعفاة، وجاء القانون بتنظيم تشريعي لتحول الشركات والرقابة عليها والعقوبات التي تضمنها قانون الشركات كما جاء الحديث عن الشركة المساهمة الخاصة في المواد (65 مكرر-89 مكرر).

وقد لجأ الأفراد وأصحاب الأموال إلى تشكيل تشريعي يسمى الشركات العامة والخاصة، كنتيجة للعيوب التي رافقت تأسيس المشروعات الفردية، تلك المشروعات التي لا تعترف بالشخصية المعنوية المستقلة للشخصية المعنوية للشركة مما يعني اختلاط أموال الشركة بأموال الشريك فتضيع فكرة استقلالية الشركة،ناهيك عن فكرة المسؤولية المطلقة لصاحب المشروع الفردي بحيث تشمل جميع أمواله،بالإضافة إلى المسؤولية الجزائية التي قد تلحق الشخص – الشريك أو التاجر نتيجة الممارسات غير الشرعية مثل الإفلاس بالإهمال أو الإفلاس التقصيري.([2])

المطلب الثاني

القواعد العامة للشركات

تضمنت المادة (50) من القانون المدني الأردني الحديث عن الأشخاص الحكمية وتناولت الفقرة الرابعة منها الشركات التجارية والمدنية، وقد أشارت المادة(51) إلى الحقوق والمزايا

([1]) قانون الشركات وتعديلاته رقم 22 لسنة 1997 المنشور على الصفحة 2038 من عدد الجريدة الرسمية 4202 بتاريخ 1997/5/15

([2]) الكيلاني د محمود،التشريعات التجارية والمعاملات الالكترونية،- الأعمال التجارية والتجار والعقود التجارية – الشركات التجارية – عمليات البنوك والمعاملات الالكترونية، جامعة عمان الأهلية، دار وائل للنشر، ط1 – 2004 – صفحة 182

التي يتمتع بها الشخص المعنوي أو الحكمي؛ التزاما بحدود القانون مع مراعاة الحقوق اللصيقة بالشخصية الانسانية، أي ما كان ملازماً لصفة الانسان الطبيعية، فيجوز للشركة أن ترهن وتبيع وتؤجره وتخضع للمسؤولية العقدية والتقصيرية والجزائية والإدارية بالقدر الذي يتناسب مع الشخصية الاعتبارية للشركة.

ويترتب على الاعتراف بالشخصية الاعتبارية للشركة العديد من الحقوق تناولتها بالحديث المادة (2\51) من القانون المدني الأردني، فيكون لها استقلالية في الذمة المالية عن الشركاء المكونين لها. ويعترف القانون بالأهلية القانونية للشركة في الحدود التي يحددها سند انشاؤها أو التنظيم الذي يقرره لها القانون، ويكفل القانون حق التقاضي للشركات باعتبار أن باب المحاكم مفتوح للجميع، ويدخل في ذلك الاعتراف بموطن مستقل للشركة لإدارة أعمالها حسب مركز إدارتها الرئيسي أو الفرعي إذا كان من يملك الحق في التعبير عن إدارتها في الخارج، وتتميز الشركة– كشخص حكمي – بالحق في اختيار الأحكام القوانين الخاصة بها (52) من القانون المدني الأردني.

إن الشركة – كشخص معنوي – تتكون من مجموعة من الأشخاص أو الأموال التي أكسبها المشرع شخصية معنوية مستقلة قد تنشأ مع الشخصية الطبيعية للإنسان، وهذا يكسب الشخص المعنوي صلاحية لاكتساب الحقوق وتحمل المسؤوليات الملقاة على عاتقه، وتثبت هذه الشخصية لكل شركة عدا المحاصة نظراً لوجودها بصورة مستترة منذ تأسيسها.

المطلب الثالث

الشخصية المعنوية للشركة

تكتسب الشركة الشخصية المعنوية نتيجة تأسيسها وتسجيلها حسب أحكام المادة (4) من قانون الشركات وهذا يعني ضرورة وجود ممثل لها لإدارة أعمالها باسم الشركة ولحسابها، وهو ما يسمى بمدير الشركة.فالشخصية المعنوية مفهوم مستقل بحد ذاته له تنظيمه التشريعي الخاص به وهو ينقسم إلى قسمين : شخص معنوي عام يضم الدولة والمؤسسات العامة والإدارات الرسمية، وشخص معنوي خاص يضم المؤسسات والمجموعات الخاصة مثل الشركات وهذا يعني ضرورة وجود ممثل للشركة لإدارة أعمالها باسم الشركة ولحسابها وهو ما يسمى بمدير

الشركة([1]) وبالنسبة للشركة الفعلية فانها تتمتع بالشخصية المعنوية التي تتناسب مع طبيعتها القانونيه، فقد قضت محكمة التمييز الاردنية بانه" 1. اذا لم يجر تسجيل الشركة لدى مراقب الشركات واستمر المدعى عليه بإدارتها لذا تكون الشركة والحالة هذه هي عبارة عن شركة (فعلية) حسب أحكام المادة (15) من قانون الشركات رقم (1) لسنة 89 الذي كان معمولاً به عند إنشاء هذه الشركة والمادة (15) من قانون الشركات رقم (22) لسنة 1997 الذي كان معمولاً به عند إقامة هذه الدعوى وحيث أن التخلف عن التقيد بإجراءات تسجيل الشركة لدى مراقب الشركات لا يؤثر على الوجود الفعلي للشركة إذ تعتبر هذه الشركة قائمة كشركة فعلية وحيث أن عقد تأسيس الشركة الفعلية التي أسسها الطرفان في هذه الدعوى وما ورد بالملحق قد تضمن حقوق والتزامات الطرفين فان ما ينبني على ذلك انه لا يحق للمدعي أن يطالب المدعى عليه باسترداد المبلغ المدعى به الذي كان قد دفعه كرأسمال للشركة وانما له الحق في أن يطلب فسخ الشركة وتصفيتها لتجديد حقوق والتزامات الطرفين ". انظر تمييز حقوق 2001/1860 تاريخ 2001/10/25.

2". تعتبر الشركة الفعلية لها الشخصية الحكمية بمقتضى المادة (50) من القانون المدني وحيث أن المميز والمميز ضده هما الشريكان في الشركة الفعلية المشار إليها وحيث أن المميز ضده أقام الدعوى ضد المميز شريكه في الشركة المذكورة بصفته الشخصية لمطالبته بالمبلغ المقبوض والعطل والضرر قبل أن يطلب فسخ الشركة وتصفيتها مع انه كان عليه أن يخاصم الشركة لتسوية حقوقه لذا تكون دعواه مقامة على غير خصم حقيقي. (تمييز حقوق 2002/405 تاريخ 2004/4/22)"([2]).

ويتفرع عن اكتساب الشركة للشخصية المعنوية العديد من الحقوق والمزايا التي قررها القانون، ومن هذه الحقوق استقلال ذمة الشركة عن باقي ذمم الشركاء واكتساب صفة التاجر والجنسية والأهلية التجارية والحق باسم وموطن مستقل([3]).

([1])ناصيف، د الياس، موسوعة الشركة التجارية (ج1) الأحكام العامة للشركة – صفحة 241

([2]) قرار محكمة التمييز الاردنية بصفتها الحقوقية رقم 2005/204 (هيئة خماسية) تاريخ 2005/5/25 منشورات مركز عدالة

(3)القليوبي د سميحة، الشركات التجارية، مرجع سابق، صفحة 76

أولاً: اسم الشركة:

تكتسب الشركة بحسب نوعها الحق في اختيار الاسم الذي يناسبها، وإن كان الاسم متعلقاً بالغرض الرئيسي لهذه الشركة؛ففي شركات الأشخاص يكون عبارة عن اسم أحد الشركاء مع إضافة وشركاه للدلالة على شخصية الشركة المستقلة، وقد يستمد هذا الاسم من الغرض الأساسي لها كما هو حال الشركة المساهمة العامة،أما بالنسبة للشركة المحاصة فلا اسم لها لعدم تمتعها بالشخصية المعنوية([1]).

ثانياً: موطن الشركة:

تكتسب الشركة بحسب نوعها الحق في اختيار الاسم الذي يناسبها، وإن يكون للشركة موطن مستقل وهو مركز الإدارة الرئيسي لها أو المكان الموجود فيه كل فرع من فروع الشركة موطناً خاصاً بالأعمال المتعلقة به. وتكمن أهمية تحديد موطن مستقل للشركة في تحديد الاختصاص القضائي المحلي في الدعاوى المتعلقة بالشركة وتحديد المحكمة المختصة بإعلان إفلاس الشركة. وتظهر الأهمية في كيفية تبليغ الأوراق القضائية للشركة في مركز إدارتها، والجنسية التي تكتسبها الشركة بناءً على المقر الذي يوجد فيه مركز إدارتها الرئيسي، مع تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه الشركة في حالة المنازعات القضائية([2]).

ثالثاً: جنسية الشركة:

عندما تتمتع الشركة التجارية باسم أو عنوان تجاري خاص بها وتمارس أعمالها في مكان محدد لها فإنها تتمتع بجنسية الدولة التي تخضع لها،أو التي هي قائمة في أراضيها؛ فالجنسية قد تتحدد بمركز إدارة الشركة ومدة مباشرة عملها؛ وذلك لتحديد القانون الواجب التطبيق عليها منذ تأسيسها وكيفية إدارتها وأهليتها وحلها وتصفيتها.

وقد اختلف الفقه في تحديد المعيار المتبع في تحديد جنسية الشركة،لما يترتب على ذلك من آثار ونتائج تتعلق بالجسم العام للدولة، فقد اعتبر البعض إن مركز إدارة الشركة هو معيار تحديد جنسيتها،بينما اعتبر البعض الآخر معيار موطن الشركة، ويذهب البعض الآخر إلى معيار جنسية الشركاء ويتمسك البعض بمعيار مركز إدارة الشركة الرئيسي([3]).

---

(1) ناصيف دالياس، مرجع سابق، صفحة 241

([2]) الكيلاني د.محمود، التشريعات التجارية والمعاملات الالكترونية مرجع سابق صفحة 209

(3) الكيلاني د.محمود ، مرجع سابق صفحة، 208

رابعاً: اكتساب الشركة صفة التاجر وتمتعها بالأهلية التجارية:

تنص المبادئ العامة في القانون التجاري على اكتساب الشركة صفة التاجر حسب أحكام المادة (9)من قانون التجارة الأردني،مما يعني خضوع الشركة لجميع الالتزامات التي يفرضها القانون على التاجر كمسك الدفاتر التجارية، والقيد في السجل التجاري، وخضوعها لنظام الإفلاس إن هي توقفت عن دفع ديونها([1]).

وكنتيجة لاكتسابه الحقوق وتحمل الالتزامات يمارس الشخص المعنوي – كالشركة- أعماله بواسطة ممثلين لها، ولها أن تقوم بنشاطها ضمن القانون:مثل ابرام عقد البيع والتأجير والتأمين والرهن مع الاحتفاظ بشرط التخصص الذي يخضع له الشخص المعنوي ولا يخضع له الطبيعي دون أن يتعارض مع امكانية أن تمارس الشركة عدة نشاطات في وقت واحد ما دام أن القانون أجاز لها ذلك ([2]).

خامساً: استقلال الذمة المالية للشركة عن ذمم الشركاء:

يقصد البعض بالذمة المالية للشركة مجموع ما للشركة من حقوق وما عليها من التزامات،بحيث تكون هذه الذمة مستقلة عن ذمة باقي الشركاء وقد اعترف المشرع الأردني في المادة (51) من القانون المدني بالذمة المالية المستقلة للشركة، وبحيث لا يؤثر ذلك على المسؤولية التضامنية للشركاء عن ديون الشركات بأموالهم الخاصة مثل شركة التضامن المسؤولية الشركة عن ذمم الشركاء مثل الشركة المساهمة العامة.

وتشتمل الذمة المالية المستقلة للشركة على مجموع الحصص المكونة لرأسمالها مع إضافة الارباح والاحتياطي القانوني والديون المترتبة على الشركة بحيث تكون هذه الذمة واحدة فتشمل الذمة المالية للفرع لعدم تمتعه بالذمة المالية المستقلة، ولا تشمل الشركة التابعة لأنها تتمتع بشخصية معنوية مستقلة عن الشركة الأم([3]).

ويترتب على استقلال ذمة الشركة المالية عن ذمم الشركاء فيها نتائج منها انتقال الحصة المقدمة من الشركاء إلى الشركة المالية بحيث تدخل في ملكية الشركة والتي يحق لها التصرف

---

(1)القليوبي د سميحة، مرجع سابق، صفحة 88

([2])القليوبي د سميحة، مرجع سابق صفحة 80

([3])ناصيف الياس، مرجع سابق، صفحة 285

بها كجزء من الذمة المالية لها بالإضافة إلى تخصيص ذمة الشركة لايفاء ديونهـا،فلا تـضمن سوى الوفاء بديونها لأن الضمان العام لدائن الشركة هو ذمتها المالية([1]) حيث قـضت محكمـة التمييز بانه اذا وجد هنا مشروعاً بين مورث المدعين والمدعى عليهم انبثق عنه شركة فعلية لها شخصية معنوية حكماً وفق أحكام المادة 50 من القانون المدني فتكون الشركة الفعلية والحالـة هذه هي الخصم الحقيقي وليس الشركاء بصفتهم الشخصية وحيث أن المدعي لم يخاصم الشركة الفعلية(مشروع البريك) وانما تقدم بدعواه بمواجهة الشركاء بصفتهم الشخصية فـإن الـدعوى مقدمة على غير ذي خصم ويتوجب رد الدعوى لعدم الخصومة".

ويترتب على استقلال الذمة المالية للشركة عن ذمة الشركاء عدم امكانية إجراء المقاصـة بين حقوق الشركة وديونها وحقوق الشركاء وديونهم؛فليس لمدين الشركة التمسك بالمقاصة لدين له قبل أحد الشركاء كما لا يستطيع أحد مديني الشركة التمسك بالمقاصة إذا أصبح دائناً للشركة. وفي حالة وفاة أحد الشركاء فليس لورثته حق ادعاء مباشر على الأموال التي تتكون منها الذمة المالية المستقلة للشركة([2])،كما يترتب على استقلال ذمة الشركة المالية أن افـلاس الـشركة لا يترتب عليه افلاس الشريك كقاعدة عامة،كما لا يترتب على افلاس الشريك افلاس الشركة مـع الاخذ بعين الاعتبار أن افلاس الشركة يترتب عليه افلاس الشركاء المتضامنين لان الامر يتعلق بشركات الأشخاص ويكون للشركة ولكل شريك تفليسه خاصة ([3]).

كما يترتب على استقلال الذمة المالية للشركة استقلال الضريبة على الشركة عن الضريبة على الشركاء،كما يحق للشركة ان تكون شريكاً في شركة أخرى دون أن يؤدي ذلك بالضرورة إلى أن يكون الشركاء في الشركة الأولى شركاء في الشركة الثانية ([4]).

---

(1)الكيلاني د محمود، مرجع سابق، صفحة 207

(2)القليوبي د.سميحة، مرجع سابق، صفحة 80

([3])القليوبي سميحة، مرجع سابق، صفحة 80

(4)ناصيف د الياس، مرجع سابق، صفحة 291

المبحث الثالث

ظهور الشركة الفعلية في الواقع العملي والقانوني

تقتضي القواعد العامة في عقد الشركة أن يكون عقد الشركة صحيحاً مستكملاً لكافة الشروط القانونية التي يتطلبها المشرع من قواعد عامة رضا وأهلية ومحل وسبب، وقواعد موضوعية يختص بها عقد الشركة وهي تعدد الشركاء وتقديم الحصص ونية المشاركة بالإضافة إلى تقسيم الأرباح والخسائر، وأركان شكلية تتمثل بالتسجيل والنشر؛ ليكون عقد الشركة قادراً على إنشاء الشخصية المعنوية للشركة وتكوينها فلا يلحق البطلان عقد الشركة، لأن البطلان إذا ما لحق العقد يؤدي إلى انهياره كاملاً واعتباره كأن لم يكن، ومحو جميع الآثار القانونية المترتبة عليه بالنسبة للماضي والمستقبل؛ أي تلك الحالة التي يرجع فيها المتعاقدون إلى ما كانوا عليه قبل التعاقد([1]).

ولا يثير تطبيق قاعدة البطلان أي مشكلة في الواقع العملي إذا انكشف سبب البطلان قبل أن ينتج عقد الشركة أي أثر، ولم يخضع الأطراف للالتزامات القانونية المترتبة على العقد، ولكن المشكلة تثور إذا خرج عقد الشركة إلى الواقع العملي بممارسة الشركة بعض الأعمال والتصرفات التي تدل على وجودها فيدخل الغير والشركاء في علاقات قانونية متبادلة. مثل أن تبرم الشركة عقد إيجار لعقار مملوك لأحد الأشخاص لغايات استخدامه محلاً تجارياً أو مركز إدارة رئيسي للشركة؛ ففي هذه الحالة يترتب للشركاء والغير حقوق والتزامات متنوعة تجاه بعضهم البعض([2]).

إذ عندئذ، فأن ظهور قاعدة البطلان يؤدي إلى المساس بالمراكز القانونية المستقرة ويهدر حقوق الغير والشركاء تجاه بعضهم البعض، سواء أكان البطلان نشأ بحسن نية أم بسوء نية من احد الأطراف وبما أن تطبيق الأثر الرجعي للبطلان على عقد الشركة يؤدي إلى إهدار كافة الآثار الناجمة عن المعاملات والعقود القانونية بأثر رجعي، فتتحقق نتائج غير عادلة تؤثر على نشاط الشركة وعلى الوضع الاقتصادي وعلى الوجود الحقيقي والقانوني لعقد الشركة، وتحقيقاً للاستقرار القانوني والاجتماعي للعقود ومن أجل تفادي هذه النتيجة، ظهرت نظرية

([1]) القانون المدني الاردني رقم 43لسنة 1976، المادة 116 وما بعدها

([2]) ناصيف د الياس، مرجع سابق، صفحة 199

الشركة، أي تلك الشركة التي تنشا بصورة مخالفة للأحكام القانونية المنظمة لعقد الشركة بوجه خاص، ونظرية العقد بوجه عام.فقد اقتصر القضاء أثار بطلان عقد الشركة – ضمن شروط معينة – على المستقبل فقط. أي أن القضاء والتشريع والفقه قد اعترف بالوجود الفعلي الواقعي وليس الوجود القانوني الشرعي لعقد الشركة الذي يمسه البطلان من حالات معينه([1]).

يستند القضاء والفقه في الأخذ بنظرية الشركة الفعلية إلى فكرة حماية الوضع الظاهر والحفاظ على استقرار المركز القانونية التي أنشأها عقد الشركة. فالشرط الأساسي لقيام نظرية الشركة الفعلية هو أن تظهر الشركة الموجودة بشكل قانوني سليم بشكلها الفعلي إلى حيز الوجود من خلال إبرام العقود وممارسة التجارة، والدخول في علاقات قانونية وتجارية مع الغير، فقد استقر القضاء المصري على أن عدم ممارسة الشركة لأي عمل قبل أن يحكم ببطلانها لعدم توافر شكلها القانوني ولم تكن قد مارست أي نشاط من أنشطتها القانونية أي بتوافر كيان واقعي قبل طلب بطلانها، ففي هذه الحالة لا تعتبر الشركة شركة فعلاً لانتقاء العلة من استثناء الماضي بالنسبة للعقد([2]).

اهتدى الفكر القضائي إلى نظرية الشركة الفعلية احتراماً لإرادة الشركاء، وتحقيقاً للعدالة بينهم وبين الغير؛ بالاعتراف بقيام الشركة وبوجودها الواقعي الفعلي في الفترة الزمنية التي وجدت بها على أن تجري تصفيتها حسب العقد التأسيسي للشركة، ومراعاة نظام الشركة الخاص بين الأطراف، وذلك من أجل تحقيق التوازن في العقود التي ارتبطت بها الشركة مع الغير وأصبحت بمقتضاها دائنة ومدنية.

وبما أن هذه النظرية تحاكي عقد الشركة، فلا تقوم إلا بوجود العناصر العامة للعقد وهي الأهلية والرضا والمحل والسبب، بالإضافة إلى الأركان الموضوعية الخاصة بعقد الشركة وهي تعدد الشركاء ومساهمة كل شريك برأسمال الشركة بتقديم الحصص وتقسيم الأرباح والخسائر، بالإضافة إلى نية المشاركة والتعاون في المجال الاقتصادي والتجاري بين الأطراف وذلك مع مراعاة وجود الأركان الشكلية الخاصة بعقد الشركة وهي الكتابة والتسجيل والنشر أو الشهر، فبدون هذه الأركان لا تنشأ الشركة أصلاً الأمر الذي يستبعد نشوء الشركة الفعلية تبعاً لذلك.

([1]) ناصيف د الياس، مرجع سابق، صفحة 200

(2) القليوبي – سميحة، مرجع سابق، ص 24.

ترتبط نظرية الشركة الفعلية ارتباطاً وثيق الصلة ببطلان عقد الشركة، فنطاق الشركة الفعلية محدد ومعين فهي تظهر في حالة بطلان عقد الشركة لعدم مراعاة الشروط الشكلية، وحالة البطلان بسبب نقص الأهلية وعيوب الرضا والبطلان الناشئ بسبب مخالفة الشروط الخاصة لعقد الشركة. أي أن هذه النظرية تظهر ضمن نطاق محدد ومعين يجب الالتزام به.

ولم يترك المشرع والقضاء والفقه هذه النظرية على إطلاقها، فلم يعترف بوجودها في حالة إذا كان البطلان مبنياً على عدم توافر الأركان الموضوعية الخاصة بعقد الشركة مثل انعدام الحصص، أو عدم توافر عنصر تعدد الشركاء كأصل عام ويسري البطلان على الماضي في حالة صدر حكم يقضي ببطلان الشركة قبل مباشرة نشاطها التجاري والقانوني ولا يعتبر البطلان المبني على سبب متعلق بالنظام العام أو مخالفه أحكام القانون أحد صور الشركة الفعلية.

استوحى الفقه والقضاء نظرية الشركة الفعلية من النصوص القانونية المنظمة لعقد الشركة بشكل خاص، وقواعد العدالة والمنطق القانوني منعاً للمشاكل والتعقيدات القانونية التي تثيرها هذه النظرية، فاشترط أن أثار البطلان لا تسري على الماضي وتشمل المستقبل، فلا يجوز أن تنشأ أي اثر تجاه الغير أو الشركاء بالنسبة للمستقبل؛ فالحماية وضعت لأوضاع قانونية كانت قائمة قبل الحكم ببطلان عقد الشركة، أي إن المعيار الزمني للشركة الفعلية عند من تاريخ تداولها لأي نشاط فعلي واقعي حتى الحكم ببطلانها أو رفع دعوى للمطالبة ببطلانها[1].

وإذا ما وجدت نظرية الشركة الفعلية باعتراف قضائي بنشوئها من فترة تأسيسها ومزاولة عملها حتى الحكم ببطلانها فإنها تعتبر صحيحة وقائمة وتترتب عليها كافة الآثار القانونية الناجمة عن عقد الشركة. فالعلاقات التي قامت بين الشركاء أنفسهم صحيحة كذلك العلاقات التي تقوم مع الغير تعتبر صحيحة قانوناً وتنشأ للحقوق والالتزامات الناتجة عنها.كما أن توزيع الأرباح والخسائر بين أطراف الشركة يخضع لعقد الشركة نظامها الأساسي. وتتمتع هذه الشركة بشخصية معنوية مستقلة ما لم يثبت غير ذلك([2]).

ويتميز القانون الأردني في حالة عدم كتابة عقد الشركة بتقليص فترة وجود الشركة الفعلية بالنسبة للشركاء فيما بينهم منذ تاريخ مباشرة أول نشاط لها حتى تاريخ رفع الدعوى وليس من

---

(1)القليوبي سميحة، مرجع سابق، صفحة 65.

(2) البارودي، د. علي، الشركات التجارية، 1999، ط،1 صفحة 214

تاريخ الحكم ببطلان عقد الشركة كما هو حال التشريعات الأخرى، حيث أشارة المـادة (584) من القانون المدني الأردني في الفقرة الثانية إلى أن الشركة الفعلية تكون موجودة فـي الواقـع الفعلي منذ تاريخ تكوينها ونشأتها حتى تاريخ إقامة الدعوى بالبطلان، فإذا ما رفـع الـشخص الدعوى مطالباً ببطلان عقد الشركة، فإن أثار الشركة الفعلية تتوقف عند هذا الحـد بـشرط أن يكون الحكم بالنتيجة قد صدر ببطلان عقد الشركة فعلاً[1].

تكتسب الشركة الفعلية الشخصية المعنوية المستقلة لها في فترة التصفية، وتساهم الشخصية المعنوية في بناء النظام القانوني للشركة وطريقة إدارتها ومتى تبدأ ومتى تنتهي، فلا تتمتع جميع الشركات الفعلية بالشخصية المعنوية للشركة على إطلاقها. ولقد أصبح من الضروري اكتـساب الشركة الفعلية للشخصية المعنوية للقول بوجودها في الواقع العملي. لأن ذلك يساعد في تحديـد بدء تاريخ اكتساب الشركة لقانونيتها ومدى أهميتها في ممارسة أعمالها القانونية وما يترتب على ذلك من نتائج هامه في حياة الشركة, فهي السند القانوني لمباشرة الشركة أعمالها([2]).

وبهذا فإن نظرية الشركة الفعلية هي إحدى النظريات التي ظهرت في مجال البحث القانوني والتي تعالج تطور المفاهيم التقليدية للشركة ودخولها في عالم العولمة والتكنولوجيا، فلـم تعـد التجارة تقتصر على مبادلة السلعة بالسلعة. فقد ساهم التطور الحـضاري فـي رسـم الحيـاة الاقتصادية والتجارية في المجتمع بشكل مختلف مما أثر ذلك على القـوانين المنظمـة لحركـة التجارة، خاصة وأن القانون التجاري يتبع التاجر على عكس بقية القوانين الأخرى مهما بلغـت مرتبتها التشريعية.

ولقد ساهم القضاء ومن بعده الفقه والتشريع في رسم مسار حياة الشركة الفعلية بما يحقـق التطور القانوني ويتواءم مع الظروف القانونية الجديدة، باستخدام نظريات كثيرة منهـا نظريـة الشركة الفعلية التي ما تزال سارية المفعول حتى وقتنا الحاضر، على عكس بعض النظريـات التي اندثرت فعلاً ولم يعد هنالك حاجة للتمسك بها لانتفاء الغاية الأساسية منها، فنظرية الشركة الفعلية مستمرة ما دامت الشركات التجارية والمدنية مستمرة في القانون والواقع.

([1]) القانون المدني الاردني، المادة (2/584)

([2]) الكيلاني د محمود، مرجع سابق، صفحة 204

الفصل الاول
ماهية نظرية الشركة الفعلية

عرف المشرع عقد الشركة بأنها: عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم فى مشروع اقتصادى أو مالى أو صناعى، بتقديم حصة من مال أو عمل لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو من خسارة. ونظرا إلى أن عقد الشركة يقوم خلافا لبقية العقود على اتحاد المصالح بين أطرافه، وليس تقابلها أو تعارضها أوجب أن تضاف الأركان الخاصة التي تميزه عن ما يشبهه من عقود أو أنظمة. وطالما أن عقد الشركة يؤدي إلى خلق شخص معنوي هو الشركة، استلزم المشرع اتخاذ الإجراءات اللازمة لشهره لإعلام الغير.إلا أن تخلف أحد الأركان الموضوعية أو الشكلية يؤدي إلى بطلان عقد الشركة.

ويختلف نوع هذا البطلان تبعا لأهمية الركن المتخلف، فقد يكون هذا البطلان مطلقا وقد يكون نسبيا، وقد يكون من نوع خاص. والبطلان أيا كان نوعه يؤدي كقاعدة عامة إلى زوال عقد الشركة وما يترتب عليه من أثر رجعي غير أن تطبيق هذه القاعدة على إطلاقها بالنسبة لعقد الشركة من شأنه أن يؤدي إلى اضطراب المراكز القانونية وإلى الإضرار بالغير، لذلك عمل القضاء على الحد من الأثر الرجعي للبطلان عن طريق خلق نظرية جديدة تعرف باسم "نظرية الشركة الفعلية أو الواقعية."

المبحث الأول

مفهوم الشركة الفعلية

أنشأ الفقه نظرية الشركة الفعلية و أرسى قواعدها للعمل على الحد من أثار البطلان التي تقضي بها القواعد العامة. حيث تقــضي القواعد العامة للبطلان حالة الحكم بالبطلان المطلق أو النسبي يعود أطراف العقد إلى الحالة التي كانوا عليها قبل العقد تطبيقاً للأثر الرجعي للعقد. و يـــــؤدي تطبيق القواعد العامة للبطلان على عقد الشركة الباطلة الناحية العملية إلى نتائج غير مقبولة. فالشركة حتى ولو كان عقد تأسيسها باطلاً تكون قد ارتبطت مع الغير بمعاملات كثيرة و أصبحت بمقتضاها دائنة و مدينة، و يترتب على تطبيق الأثر الرجعي صعوبات جمة.

لذلك فقد استقر القضاء في المعاملات التجارية على أن أثر الحكم بالبطلان لا يسرى إلا بالنسبة للمستقبل فقط و لا ينسحب أثر البطلان إلى الماضي ؛ حماية للظاهر الذي اطمأن إليه الغير وتحقيقاً لاستقرار التعامل التجاري. فبالنسبة للماضي توجد شركة فعلية أو واقعية يجب الاعتداد بنشاطها السابق و تصفيتها و تحديد نصيب الشركاء من الأرباح و الخسائر، و بعبارة أخرى فإن البطلان بالنسبة للشركات هو نوع من حل الشركة قبل أن يحين ميعاد انتهائها.

المطلب الاول

تعريف الشركة الفعلية ونشاتها التاريخية وموقف الشريعة الاسلامية منها:

تعتبر نظرية الشركة الفعلية نظرية قانونية من ابتداع القضاء وخلقه، فقــد جــاءت هــذه النظرية لمعالجة وضع قانوني مستقر عليه ومتبع في اغلب الانظمة القانونية العالميــة، وعليــه فإننا سنتحدث عن مفهوم نظرية الشركة الفعلية ونشأتها التاريخية وموقف الشريعة الاســلامية منها :

الفرع الاول: تعريف نظرية الشركة الفعلية:

الشركة ومن تعريفها القانوني عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع اقتصادي أو مالي أو تجاري أو صناعي بتقديم حصة من مال أو عمل لاقتسام مــا قــد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة. ويستلزم لوجود الشركة العديد من الأركان والشروط والضوابط التي تظهرها في صورة النموذج القانوني كما رسمه التشريع المدني والتجاري على وجه الخصوص.

ويتطلب قيام الشركة وجود عقد أي ارتباط الإيجاب بالقبول بين طرفي العقد أو أشخاصه جميعاً بهدف إحداث أثر قانوني معين، مما يتطلب وجود تصرف قانوني – العقد – لقيام ركن الشركة الأساسي. وتهدف الشركة إلى بناء مشروع اقتصادي أو مالي أو تجاري أو صناعي نتيجة اختلاط المال بالعمل واقتسام ما قد ينشأ عن ذلك من ربح أو خسارة وهذا الحال موجود في شركات الأموال أو الأشخاص أو الشركات المختلطة([1]).

وعليه فإن قيام عقد الشركة يستلزم قيام الأركان الموضوعية للعقد بصفة عامة وهي الرضا والمحل والسبب؛ لأن الاحتجاج بوجود الشخصية المعنوية للشركة لا تنشأ بالنسبة للشركات ولا في مواجهة الغير إلا بعد إتباع إجراءات التسجيل المنصوص عليها في القانون ولم يمنع قيام الشركة الفعلية والاعتراف قضاءً وفقهاً وقانوناً. وقد اختلف الفقهاء في تعريف الشركة الفعلية على الرغم من اتحاد الفكرة والجوهر مع اختلاف في الأفكار بمعنى أن الفقه عرف الشركة الفعلية من خلال شرح جوهر الفكرة الأساسية لها([2]).

تتطلب القاعدة الأساسية في القوانين المدنية والتجارية إن لا يكون عقد الشركة قادراً على خلق الشخصية المعنوية إلا إذا كان صحيحاً متوافراً فيه كافة أركانه القانونية، أما العقد الباطل فلا يترتب أي أثر على المستقبل أو على الماضي بمعنى أنه إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه، وإن ما يبنى على باطل فهو باطل، فيجب العودة إلى الحالة التي كان عليها المتعاقدين قبل التعاقد ومحو الآثار المترتبة على العقد بأثر رجعي([3]).

ولا تظهر مشكلة لدى الأطراف والغير إذا انكشف سبب البطلان قبل ان ينتج التعاقد أي آثار قانونية على أرض الواقع، ولكن المشكلة تظهر إذا ما مارست الشركة أعمالاً لها وقامت بإجراء تصرفات قانونية مع الآخرين،كما لو استأجرت محلاً لإدارة عملها قامت بالتعاقد على شراء بضائع وبيعها على النطاق الداخلي أو الدولي. ولا جدال في أن ذلك سيؤدي إلى إهدار جميع المعاملات القانونية التي تعاملت بها الشركة مع الغير، بأثر رجعي([4]).

([1]) القانون المدني الاردني رقم 43 لسنة 1976، المادة 87 وما بعدها

([2]) الكيلاني د محمود، مرجع سابق، صفحة 178

([3]) القليوبي سميحة، مرجع سابق، صفحة 63

([4]) القليوبي سميحة، مرجع سابق، صفحة 64

إن تطبيق هذا المبدأ على اطلاقه يؤدي إلى المساس بالمراكز القانونية المستقرة وإهـدار حقوق الغير المتعاملين مع الشركة؛ لأن الحكم بالبطلان يصطدم بإلغاء الآثار الماضية بالنـسبة للشركة الفعلية. فقد اعترف القضاء بنظرية الشركة الفعلية تحقيقاً للعدالـة وحمايـة للأطـراف والغير ممن تعاملوا مع الشركة الفعلية.بمعنى إنه اعتراف بها وجوداً فعلياً لا وجـوداً شـرعياً قانونياً([1]).

الفرع الثاني: نشأة الشركة الفعلية وتطورها التاريخي

وتعود بذور نظرية الشركة الفعلية في الأصل إلى القضاء الفرنسي في بدايـة القـرن التاسع عشر، فنشأت نظرية الشركة الفعلية وترعرعت بين أحضان القضاء، ويعود الفضل فـي نشوئها إلى محكمة باريس الفرنسية في أحد قراراتها الصادر سـنة 1825م حيـث اعترفـت المحكمة بالوجود الفعلي الواقعي للشركة الفعلية من خلال استثناء الأثر الرجعـي مـن قاعـدة البطلان الذي يلحق بالشركة لأي سبب([2]).

ولقد استعمل القضاء الفرنسي في هذا القرار مصطلح الشركة الفعلية ولأول مرة في إشارة على الشركة التي أسست بغير كتابة وبغير إشهار عنها، بمعنى أنها باشرت نشاطها في الواقع ثم حكم ببطلانها لتخلف ركني الكتابة والإشهار، وذلك ضماناً للاعتداء بنشاطها السابق وتـصفيتها لاحقاً، وبالتالي فإن هذه الشركة تعتبر صحيحة ويتبع في تصفيتها قواعد تصفية الشركة العاديـة فلا يسترد الشريك حصته إلا بعد سداد ديون الشركة([3]).

ويرتبط نشوء نظرية الشركة الفعلية بالفقيه الفرنسي "جوزيف هيمارا" فهو صاحب الفضل فـي إرساء دعائم الشركة الفعلية بواسطة مؤلف كُتب في بداية 1912م فهذا المؤلف هـو أول مـن ابتكر هذه النظرية، وقد رسم هيمارا الخطوط الرئيسية لهذه النظرية ثم تتابع الفقه القانوني فـي رسم النظرية وتحديد ملامحها الرئيسية وتناول أركانها ومبرراتها والآثـار المترتبـة عليهـا، فاستخدم الفقه القانوني القواعد العامة في خلق نظرية الشركة الفعلية اعتماداً على بعض المبادئ

([1]) ناصيف – الياس،مرجع سابق، ص 24

(2) القضاه، د. مفلح عواد، مرجع سابق، صفحة 28.

(3) سامي، د. فوزي محمد، الشركات التجارية، دار الثقافة، الطبعة الثانية، 2005، صفحة 34.

القانونية العالمية مثل حق المساواة وتوفير الثقة والائتمان والسرعة التي يعتمد عليها في العلاقات التجارية بين دول العالم.

انتقل الفقه والقضاء بعد الاعتراف بهذه النظرية إلى مزيداً من التفصيل، فبعد فتره من الزمن ميز الفقه بين مفهومين: الشركة الفعلية وهي احد الآثار الناتجة عن بطلان الشركة كعقد، وبين الشركة التي تنشأ بصورة فعلية وهي التي عبر عنها الفقه لإستاذ (Champand) "فقد اتفق الأطراف على تأسيس الشركة دون إزعاج موثقي العقود أو رجال القانون" فالمظهر العام للشركة التي تنشأ بصورة فعلية يحمل معنى التعاون بين الأطراف لإيجاد بناء قانوني سليم للشركة، يظهر فيه العوامل الخاصة بعقد الشركة مثل نية المشاركة وتقديم الحصص والمساهمة في الأرباح والخسائر؛ فالشركة ظهرت فعلاً ولم تظهر قانوناً. ولقد اعتبر الفقه هيمارا هذا النوع بأنه أحد صور الشركة الفعلية([1]).

اعترف المشرع بنظرية الشركة الفعلية بناءً على نصوص قانونية نشأت على هامش نصوص القانون المدني وقانون التجارة وقانون الشركات فقد ورد في قرار محكمة التمييز الاردنية " اعتبرت المادة 14 من قانون الشركات الأردني رقم 12 لسنة 1964 التي تكونت الشركة موضوع الدعوى في ظله، الشركة شركة فعلية بالرغم من عدم تسجيلها في سجل الشركات، وعلى هذا النهج سارت احكام قانوني الشركات اللاحقين رقم 1/ 1989 و22/ 1997 في المادة 15 منهما، وبالتالي فان اسباب انقضائها هو فسخها بموجب حكم قضائي ياعتبارها شركة اشخاص، ولذا فان لجوء المدعي الى القضاء للمطالبة بفسخ الشركة يستند الى صحيح القانون.

وترعرعت هذه النظرية واستحدثت بجهود القضاء الفرنسي مدعوماً بالفقه الفرنسي، حتى وصلت إلى نظرية متكاملة البناء تقوم على أسس قانونية وتتشكل ضمن نطاق قانوني محدد، حتى وصلت إلى الصورة الحديثة لها.ثم اعترف القانون بها في نصوص قانون الشركات الفرنسي الجديد عام 1966 وقانون 4 يناير 1978 المعدل لأحكام الشركات المدنية في القانون المدني الفرنسي.

(1) ناصيف، الياس، مرجع سابق، صفحة 221

ولقد اعترف المشرع المصري بنظرية الشركة الفعلية من خلال حكم قضائي صدر عن محكمة لاستئناف المختلطة في 8 فبراير 1899 م حيث توصل القاضي في قناعته الشخصية إلى وجود هذه النظرية من خلال البنيات والقرائن القانونية والأدلة المستساغة المقدمة في الدعوى، لأن عقد الشركة في هذه القضية لم يراعي شرط الكتابة ولم يتم الإشهار عنه. وكان ذلك تحديداً في قضية شركه تحمل اسم "يوسف رزق وشركاه" وعلى هذا النهج سار المشرع الأردني في قانون الشركات والقانون المدني الأردني؛ فالشركة الفعلية هي الشركة التي مارست نشاطها وعملها في الواقع العملي إلى ان حكم ببطلانها لنقص في أحد أركانها،مع وجوب الاهتمام والتركيز على العمل الذي مارسته الشركة سابقاً قبل تصفيتها.([1])

يظهر لنا أن الهدف الأساسي من الشركة الفعلية هو حماية الغير حسن النية الذي تعامل مع الشركة على أساس أنها ذات أساس قانوني، ومستوفيه للشروط الشكلية والموضوعية التي تطلبها لها القانون حتى لا يطالها موضوع البطلان. ولقد جاءت الشركة الفعلية بناءٍ على اجتهاد قضائي ظهر في فرنسا وامتد إلى باقي دول العالم مثل مصر والأردن التي تناولت هذه النظرية في نصوص القانون المدني الأردني رقم 431 لسنة 1976 وقانون الشركات رقم 22 لسنة 1997 وتعديلاته وخاصة في المواد(11–14) منه تلافياً لثغرة قانونية مهمة تركها التشريع، وقد اعترفت التمييز الأردنية بالشركة الفعلية حيث ورد في قرار محكمة التمييز الاردنية " 1_ حيث ان المميز ضده (المدعي) يقر في البنود الاول والثاني والثالث من لائحة الدعوى البدائية الماثلة، ان الشركة القائمة بينه وبين المميز (المدعى عليه) لم يتم تسجيلها وفق احكام قانون الشركات وبقي وجودها وجودا فعليا أي انها شركة فعلية وفق المفهوم القانوني للشركة الفعلية الوارد ذكره في المادة 14 من قانون الشركات لعام 1964 والمادة 15 من قانون الشركات لعام 1989 واحكام القانون المدني على حد قول وكيل المميز ضده(المدعي).. 2_ ان الشركة الفعلية يتحقق انتهاؤها باتفاق الشركاء او بصدور حكم قضائي عملا بالفقرتين (4 و5) من المادة (601) مدني وبالتصفية والقسمة وفق احكام المادة 606 من ذات القانون. 3_ حيث ان المميز ضده (المدعي) يطالب باجراء المحاسبة عن عمل الشركة خلال الفترة من 1/ 12/ 1986 وحتى تاريخ اقامة الدعوى وتصفيتها وقسمة اموالها بين الشركاء وحيث انه

([1]) مصطفى كمال طه، مرجع سابق، صفحة 47

وكما ذكر سابقا ان للشركة القائمة بين المميز ضده والمميز وجود صحيح باعتبارها شركة فعلية وبحكم كون المميز ضده شريكا فيها فقد كان يتعين على محكمة الاستئناف بحث هذه المسالة او الرد عليها وحيث ان محكمة الاستئناف لم توجه انتباهها لهذه المسالة مع ان الخصومة من متعلقات النظام العام وتملك المحكمة التصدي لها من تلقاء نفسها ولم تبد فيها رايا فان قرارها يكون مخالفا للقانون وهذا السبب يرد عليه مما يتعين نقضه"([1]).

ولقد اختلف الفقه والقضاء في تسمية الشركة الفعلية،فأطلق عليها البعض اسم الشركة الفعلية كما هو الحال في القرار الصادر عن محكمة باريس سنة 1825م وتبع ذلك الفقه والقضاء الفرنسي وأطلقها على الشركة التي لم يراعي في تأسيسها الإجراءات والقواعد التي يتطلبها القانون. أما البعض الآخر فيطلق عليها اسم الشركة غير النظامية، ولكن غالبية الفقه مع تعبير الشركة الفعلية لأنه يعطي وصف دقيق ومعبر عن النظرية بشكل شامل([2]).

وتجدر الإشارة إلى أن الشركة الفعلية لم يعترف بها في كل المجالات بل في مجالات محددة مثل عدم التسجيل أو لعيب في الرضا. أما البطلان المستند إلى عيب عدم توافر أحد الشروط الموضوعية او الموضوعية الخاصة لعقد الشركة فلا يعترف بوجود الشركة الفعلية معه ويتطلب الحكم بوجود الشركة الفعلية توافر عدة الشروط منها أن تكون الشركة مارست أعمالاً لها ودخلت في علاقات تجارية مع الغير، بمعنى اكتسبت حقوقاً ورتبت التزامات عليها تجاه الغير وذلك قبل الحكم ببطلانها حتى يتم الاستناد إلى فكرة حماية الغير حسن النية من خلال توافر كيان واقعي فعلي للشركة([3]).

فالشركة التي مارست أعمالاً ودخلت في علاقات تجارية مع الغير والذي تعامل معها بوصفها شركة صحيحة ومستوفيه لأركانها وشروطها القانونية تعتبر باطلة منذ صدور الحكم ببطلانها، أما التصرفات التي أبرمتها مع الغير فتعتبر صحيحة ونافذة. وتناول التشريع الأردني نظرية الشركة الفعلية في المادة (584) من القانون المدني الأردني؛ حيث اشترطت

([1]) قرار محكمة التمييز الاردنية بصفتها الحقوقية رقم 2000/3011 (هيئة خماسية) تاريخ 2001/3/21 المنشور على الصفحة 327 من عدد المجلة القضائية رقم 3 بتاريخ 2001/1/1

([2]) القضاة، مفلح عواد، مرجع سابق، صفحة 110

([3])طه د مصطفى كمال، مرجع سابق، صفحة 48

الفقرة الأولى وجوب تسجيل عقد الشركة أما الفقرة الثانية فقد اعتبرت أن عدم تسجيل العقــد لا يؤثر على حقوق الغير، أما بالنسبة للشركاء أنفسهم فيعتبر العقد صحيحاً إلا إذا طلــب أحــدهم اعتباره غير صحيح فيسري هذا على العقد من تاريخ إقامة الدعوى وبهذا يكون القانون الأردني قد قلص فترة وجود الشركة منذ تاريخ رفع الدعوى وليس من تاريخ الحكم ببطلانهــا بالنــسبة لعدم كتابة عقد الشركة كما هو الحال في نظرية الشركة الفعلية في الفقه والقضاء المقارن([1]).

كما تناول قانون الشركات الأردني رقم (22) لسنة 1997 وتعديلاتــه نظريــة الــشركة الفعلية في المادة (15) من خلال الإشارة إلى أن عدم التقيد بإجراءات التسجيل الموجــودة فــي المواد (14,13,11) لا يمنع من تقرير وجود الشركة فعلاً. وقد ورد في قرار محكمة التمييــز الأردنية رقم(2002/1043) تاريخ 2002/6/10 أن عقد الشركة غير المكتوب يعتبر صحيحاً بين الشركاء، إلا إذا طلب أحدهم اعتباره غير صحيح، فيسري هذا على العقد من تاريخ إقامــة الدعوى وهو المدعي بفسخ وتصفية الشركة كون العقد غير مكتوب ويطالب بإلغائه، فإن الحكم بناءً على طلب المدعي بإلغائه وفسخ العقد باعتباره غير صحيح يسري من تاريخ إقامة الدعوى بصراحة النص([2]).

ويترتب الأخذ بنظرية الشركة الفعلية ما يلي :

1. تتمتع الشركة الفعلية بالشخصية الاعتبارية التي تمنحها حقوق وترتب عليها التزامــات تماماً كما هو الحال في الشركة الصحيحة وذلك في فترة الاعتراف الواقعي بوجود هذه الشركة ففي النظرية العامة للشركة الفعلية يكون الحال في الحكم ببطلانهــا أمــا فــي التشريع الأردني فيكون ذلك حتى رفع الدعوى بصراحة النص.
2. عند صدور الحكم ببطلان الشركة يجب تصفيتها وحلها بمجرد صدور الحكم بالبطلان، وإذا كان البطلان بسبب عدم كتابة عقد الشركة ففي هذه الحالة ينص القانون على أنهــا باطلة من تاريخ إقامة الدعوى ويجب توقفها عن أعمالها (المادة 1584، مدني أردني).

([1]) سامي، فوزي محمد، امرجع سابق، صفحة 35

(2) المادة (15) من قانون الشركات الاردني رقم (22) لسنة 1997 وتعديلاته، وقرار محكمة التمييز رقم 1043 (2002)، هيئة خماسية تاريخ 2002، 6، 10 منشورات مركز عدالة

3. تعتبر جميع التصرفات التي أبرمتها الشركة مع الغير صحيحة ومنتجة لآثارها طالما أنهم لم يتمسكوا ببطلانها وإذا تمت تصفية للشركة الفعلية تتبع في تقسيمها القواعد والأفكار التي وردت في عقد الشركة الذي حكم ببطلانه([1]) وقد قضت محكمة التمييز بأن عدم تسجيل الشركة لا ينفى عنها صفة الشركة الفعلية وفقاً لأحكام المادة 14 من قانون الشركات رقم 12 لسنة 1964 التي تكونت الشركة موضوع الدعوى في ظله وعلى هذا النهج سارت أحكام قانوني الشركات اللاحقين رقم 1 لسنة 1989و 22 لسنة 1997 في المادة (15) منهما وبذلك تكون الشركة قائمة وشركة فعليه وفقاً لأحكام المادتين 582 و583 من القانون المدني. (القرارات التمييزية ذوات الأرقام 2003/2258 تاريخ 2003/10/19 و2005/204 تاريخ 2005/5/25 و2002/405)([2]).

4. **الشركة الفعلية ذات نشأة قضائية**

في بداية القرن التاسع عشر رفض القضاء في اغلب الأحيان نتائج البطلان كاملة أي تلك التي تشمل الماضي والمستقبل. وفي قرار صدر عن محكمة باريس سنة (1825) م استخدمت المحكمة ولأول مرة اصطلاح الشركة الفعلية. ومنذ تلك اللحظة وضعت قاعدة حماية الغير حسن النية حتى اعتبرت المحكمة أن الإعمال التي قامت بها الشركة قبل الحكم بالبطلان صحيحة ومنتجة لآثارها، وبهذا يتبين لنا أن الشركة الفعلية هي من أصل قضائي ثم ما لبثت أن وصلت إلى التشريعات المختلفة ومنها التشريع الفرنسي الذي تناولها في النص القانوني، ووصلت بعد ذلك إلى التشريع المصري والتشريع الأردني سواء أكان ذلك في قانون الشركات الأردني أو القانون المدني الأردني([3]).

(1) العربي والفقي، محمد فريد، ومحمد السيد، مؤلف مشترك للشركات التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت – (2005) صفحة 58 وما بعدها.

([2]) قرار محكمة التمييز الاردنية بصفتها الحقوقية رقم 2006/82 (هيئة خماسية) تاريخ 2006/6/29 منشورات مركز عدالة

([3]) القليوبي سميحة، مرجع سابق، صفحة 65

الفرع الثالث: موقف الشريعة الإسلامية من الشركة الفعلية

اعترفت الشريعة الإسلامية بالشركة في الكتاب والسنة والإجماع حيث ورد في القرآن الكريم قول الله عز وجل :((ضرب الله مثلاً رجلاً فيه شركاء متشاكسون ورجلاً سلماً لرجل هل يستوي مثلاً الحمد لله بل أكثرهم لا يعلمون([1])). وقال الله تعالى ((قَالَ لَقَدْ ظَلَمَكَ بِسُؤَالِ نَعْجَتِكَ إِلَىٰ نِعَاجِهِ ۖ وَإِنَّ كَثِيرًا مِنَ الْخُلَطَاءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ إِلَّا الَّذِينَآمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَقَلِيلٌ مَا هُمْ ۗ وَظَنَّ دَاوُودُ أَنَّمَا فَتَنَّاهُ فَاسْتَغْفَرَ رَبَّهُ وَخَرَّ رَاكِعًا وَأَنَابَ [(2)])). وقال الله تعالى ((لإيلاف قريش إيلافهم رحلة الشتاء والصيف[(3)])).

وأما السنة النبوية فقد ورد في الحديث القدسي عن أبي هريرة – رضي الله عنه – أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في الحديث القدسي: يقول الله تعالى أنا ثالث الشريكين ما لم يخن إحداهما الأخر. وقد ورد عن النعمان بن بشير – رضي الله عنه – قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ((من خان شريكاً فيما ائتمنه عليه واستدعاه له فإنه برئ منه)). وبهذا فإن الشريعة الإسلامية قد أباحت الشركة بين الناس لما تحققه من تعاون في الخير فهي من ضرورات المجتمع والتي تعمل على استثمار الأموال وتمنع البطالة وتنشر المال ولا نجمعه بين أيدي البعض مما بمنع الطبقية في المجتمع بين الناس سواسية[4].

ولهذا فقد تناول علماء المسلمين الشركة في شروحات الفقهية وأعطوها النسبة الكبرى من الشرح والتفصيل معتمدين على استنباط الأحكام الشرعية لكل ما يجد من المسائل المتعلقة بها أو المتفرعة عنها لمعرفة أحكام الشريعة الإلهية الإسلامية فيها، ولمنع التضارب في الأحكام وقد

([1]) سورة الزمر، الآية رقم (29)

([2]) سورة ص، الآية رقم (24)

([3]) سورة قريش، الآية رقم (2)

([4]) الخياط د عبد العزيز، مرجع سابق، صفحة 344.

استرشد الفقهاء والمسلمين بما ورد في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة والمذاهب الإسلامية المعروفة([1])

لم يعرف الفقه الإسلامي مصطلح الشخصية الاعتبارية أو القانونية السائدة فـــي القـــوانين العادية. فلا تتمتع الشركة في الفقه الإسلامي بالذمة المالية المستقلة لأن ذلك مـــرتبط بالإنـــسان وإلا فإنها تلتزم بالواجبات الشرعية لها مثل الشخص الطبيعي تماماً، ولقد خرج بعض الفقهـــاء المعاصرين على هذه القاعدة وبين أن الفقه الإسلامي يعترف بالشخصية الاعتبارية أو القانونية المستقلة للشركة، ويرى فضليه الشيخ على الخفيف أن نظرية الذمة وما يتفرغ عنها من أحكـــام ليس إلا تنظيمها تشريعياً فقهياً يراد به ضبط الأحكام والقاعدة تقول أنه لا ينكر تتغير الأحكـــام بتغير الأزمان، فالسنة لم تمنع الذمة لغير الإنسان([2]).

وهذا الاختلاف هو نتيجة الظروف والفروقات الاقتصادية والاجتماعية ومراعـــاةً للعـــرف واستقرار المعاملات الشائعة بين الناس في ذلك الوقت([3]). وقد فرقت الشريعة الإســـلامية فـــي مجال الشركة من حيث الصحة والبطلان فالشركة الباطلة تعتبر باطلة وما بني على باطل فهـــو باطل ولا يجوز الاعتراف بوجودها نهائياً فهي والعدم سواء. وهنا نجد وجهاً للشبه بين الشريعة والقانون فكلاهما لا يعترف بالشركة الباطلة بطلاناً مطلقاً. كما أن الشريعة الإسلامية لا تعتبـــر الشركة الفاسدة من الشركات الفعلية لأن الشركة الفعلية صحيحة فـــي أصـــلها اعتراهـــا فـــي وصفها([4]).

أما بالنسبة للشركة الفعلية فنجد أن الشريعة الإسلامية قد فصلت في أحكامها فـــإذا كـــان البطلان نتيجة ممارسة من هو ناقص الأهلية أو من المقرر تصرفه عيب في الإدارة فإن ذلـــك يعتبر موقوفاً قابل إجازة الولي أو الوصي ضمن الإطار الشرعي.أما إذا كانت المخالفة في عدم تسجيل أو كتابة شهر عقد الشركة فالعقد صحيحاً لأنه مستوفي لكافة أثاره القانونية والشرعية من حيث تطابق الإيجاب والقبول. والكتابة هنا جاءت لتحقيق أهداف تتوخاها الدولة للتوثيق ومنـــع

([1]) الخياط دعبد العزيز، مرجع سابق، صفحة 58 وما بعدها.

([2]) عبد المقصود،د يوسف محمود، أحكام الشركات في الفقه الإسلامي، المقارن الطبعة الأولى 1980م، دار الطباعة المحمدية، درب الاشتراك بالأزهر، القاهرة، صفحة 9

([3]) عبد المقصود د يوسف محمود، المرجع السابق، صفحة 11.

([4]) الخياط دعبد العزيز الخياط، مرجع سابق، صفحة 342.

النزاعات التي تحدث بين الأطراف، ففي هذه الحالة يشترط أن تتوافر الأركان الشرعية العامة الخاصة للعقد حتى تنتج كافة الآثار القانونية صحيحة وقانونية ملزمة للإطراف.

وأما في غير هذه الحالات فقد اعتبرت الشريعة الإسلامية أن عقد الشركة باطلاً فتصفى الشركة وتقسم الأموال بين الأطراف ومثال ذلك: أن يقوم عقد الشركة مستوفياً لشروطه كاملة فاقداً لشرط تقديم الحصة فالعقد هنا باطلاً في نظر الفقهاء لفقدان المحل. ويتم اللجوء في هذه الحالة إلى إعطاء كل شريك حصته ويتحمل الخسائر مما فقدت الشركة أو يحصل على نسبته من الربح أن حصلت الشركة على أرباح. ويكون ذلك في حالة الخلط بين أموال الشركاء، أما إذا لم يتم الخلط فيحصل كل شخص على ماله الذي قدمه([1]).

المطلب الثاني
ضوابط الشركة الفعلية وإثباتها

ابتدع الفقه نظرية الشركة الفعلية اعتماداً على أن الشركة أو الشخص المعنوي الذي باشر نشاطا قبل إبطاله لا يعد منعدما بالنسبة لهذه الفترة السابقة بمعنى أن الأثر الرجعي للبطلان لا يمتد إلى حياة الشخص المعنوي السابقة على الحكم بالبطلان، ويطلق على هذا الكائن القانوني فى هذه الفترة الشركة الفعلية او الواقعية لأن هذه الشركة قامت فعلا وليس قانونا، وبحيث تعتبر الشركة صحيحة فى الفترة بين قيامها والحكم ببطلانها، حماية للظاهر وحفاظا على استقرار المراكز القانونية. ويترتب على وجود الشركة الفعلية آثار قانونية مختلفة تتلخص فى قيام التزاماتها نحو الغير، وتوزيع الأرباح والخسائر على الشركاء. فمؤدى الاعتراف بالشركة الفعلية هو احترام التزاماتها وتعاقداتها وحقوقها السابقة على الحكم بإبطالها. فباختصار يعد تطبيق نظرية الشركة الفعلية تقييداً واستثناءً من الأثر الرجعى المترتب على البطلان. وبذلك تظهر أهمية دراسة شروط هذه النظرية تمييزاً لها عن غيرها من النظريات، وكيفية إثباتها.

الفرع الاول: شروط تطبيق نظرية الشركة الفعلية:

اشترط الفقه في الشركة الفعلية أن توجد شركة قانونية بالمعنى السليم؛ استنادا الى كون الشركة الفعلية استثناء من الأصل والاستثناء لا يجوز القياس عليه أو التوسع في تفسيره، ويتطلب الإعتراف بنظرية الشركة الفعلية العديد من الشروط وهي:

([1]) الخياط د عبد العزيز، مرجع سابق، صفحة 344.

أولاً: يجب أن تكون الشركة قد مارست نشاطا بالفعل ولا مجال لتطبيق الشركة الفعلية إلا إذا باشرت الشركة نشاطها بعد تكوينها، وأصبحت دائنة ومدينة بمناسبة مباشرة هذا النشاط،فلا محل لتطبيق هذه النظرية إذا لم تباشر الشركة أي نشاط إذ تنتفى العلة في هذه الحالة من عدم تطبيق الأثر الرجعي للبطلان [1]، وفي ذلك تقول محكمة النقض المصرية: " إن شرط تطبيق نظرية الشركة الفعلية هو أن تكون هذه الشركة قد باشرت بعض أعمالها فعلا بأن اكتسبت حقوقا والتزمت بتعهدات وذلك حتى يمكن القول بوجود كيان لها من الواقع.أما إذا كانت الشركة لم تكن قد زاولت أي عمل من أعمالها فإنه لا يكون قد توافر لها كيان في الواقع في الفترة السابقة لطلب البطلان، ولا يمكن بداهة اعتبارها شركة فعلية وتكون العلة من عدم تطبيق الأثر الرجعي للبطلان منتفية في هذه الحالة".هذا وقد قضت محكمة التمييزالأردنية بانه " 1. يستفاد من المادة [15] من قانون الشركات رقم [22] لسنة 1997 وكذلك المادتين [582 و583] من القانون المدني، انها تتناول تكوين الشركة والاحتجاج بها على الغير وأن التخلف عن التقيد بإجراءات التسجيل لا يمنع من تقرير وجود الشركة فعلياً. وحيث أنه قد ثبت لمحكمة الموضوع أن الشريكين في الشركة كانا سابقاً في ملكية سيارة ثم قاما بتكوين الشركة بينهما [مدار البحث] وباشرت عملها ووجودها الفعلي بتاريخ 2005/1/1 وتم تسجيلها في وزارة الصناعة والتجارة بتاريخ 2006/5/2 وعليه فإن الاحتجاج بوجود الشركة يبدأ من هذا التاريخ أي 2006/5/2 لأنه لم يثبت وجود شركة فعليه بين الطرفين قبل هذا التاريخ وكل ما في الأمر هو شراكتهما بملكية سيارة فقط" ([2]).

ويجوز إثبات أعمال الشركة الفعلية ونشاطاتها التي مارستها بما في ذلك البينة والقرائن،إذ إثبات نشاط الشركة الفعلية في هذه الحالة يعتبر من الوقائع المادية الجائز إثباتها بكافة طرق الإثبات، وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن " تصفية الشركة الباطلة

([1]) ملحم والطراونة، دباسم ملحم ودبسام الطراونة، 2011الشركات التجارية /دار المسيرة للنشر والتوزيع ، عمان، الاردن. والعربي والفقي، محمد فريد، ومحمد السيد، مؤلف مشترك للشركات التجارية، مرجع سابق، ص 55

([2]) قرار محكمة التمييز الاردنية (حقوق) رقم 2010/2713 (هيئة خماسية) تاريخ 2010/12/23،منشورات مركز عدالة

وإعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها هي واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات"، وان لمحكمة الموضوع أن تلجأ إلى سماع شهادة الشهود لثبات هذه الواقعة.

ثانياً: لا تنطبق نظرية الشركة الفعلية إلا في حالات البطلان النسبي والخاص كما يلاحظ أن نظرية الشركة الفعلية لا تنطبق في جميع أحوال البطلان.فإذا كان البطلان مطلقاً،كما لو كان سبب البطلان هو عدم مشروعية الغرض،أو كان نتيجة تخلف أحد الأركان الموضوعية الخاصة، فإن بطلان الشركة يعني عدم قيامها قانوناً أو فعلا فتنعدم الشركة ولا يوجد لها أي أثر في الماضي أو المستقبل،فالعقد الباطل عدم، والعدم لا ينتج أي أثر سواء في الماضي او المستقبل([1])، فقد قضت محكمة التمييز الاردنية " 1. ان التخلف عن التقيد باجراءات التسجيل المنصوص عليها في المواد 11 و13 و4 من قانون الشركات رقم 22/ 1997، لا يمنع من تقرير وجود الشركة فعلا او تقرير التغيير الطارئ عليها لمصلحة الغير او من تقرير بطلان الشركة او التغيير لمصلحة الغير، ولا يستفيد من ذلك التخلف أي من الشركاء، ويعتبر كل شريك متضامنا مع الشركة وباقي الشركاء تجاه الغير، من تحمل أي ضرر ينتج عن ذلك بموجب المادة 15 من قانون الشركات.

2. ان الشركة الفعلية لها الشخصية الحكمية بمقتضى المادة 50 من القانون المدني، وحيث ان المدعية والمدعى عليها هما الشريكتان في الشركة الفعلية المشار اليها، وحيث ان المدعية اقامت الدعوى ضد المدعى عليها شريكتها في الشركة المذكورة بصفتها الشخصية لمطالبتها بالمبلغ المقبوض قبل ان تنسحب من الشركة وقبل تصفيتها، مع انه كان عليها ان تخاصم الشركة لتسوية حقوقها، فتكون دعواها مقامة على غير خصم حقيقي مما يتعين معه رد دعواها"[2]. .

اما إذا كان البطلان خاصاً بسبب عدم كتابة عقد الشركة،أو بسبب عدم استيفاء إجراءات الشهر القانوني،فإن الشركة تعتبر قائمة فعلا في الفترة ما بين تكوينها والحكم ببطلانها بناء على طلب أحد الشركاء في مواجهة باقي الشركاء.كما تنطبق نظرية الشركة الفعلية في الفرض الذي يحكم فيه ببطلانها بناء على طلب أحد الشركاء بسبب نقص أهليته أو تعييب رضائه، وذلك

([1]) ملحم والطراونة، دباسم ملحم ودبسام الطراونة، 2011الشركات التجارية مرجع سابق

([2]) قرار محكمة التمييز الاردنية بصفتها الحقوقية رقم 2002/405 (هيئة خماسية) تاريخ 2002/4/22 منشورات مركز عدالة

بالنسبة لباقي الشركاء. أما ناقص الأهلية أو من تعييت إرادته، فإن الشركة بالنسبة لـه تكـون باطلة بأثر رجعي، ويكون ممن حقه أن يسترد حصته كاملة، ولا يكون له الحق في المطالبة بأية أرباح تكون الشركة قد حققتها.

وبناء على ما تقدم، فإن الشركة الفعلية لا تقوم إلا في حالات البطلان الخاص بسبب تخلف ركن من الأركان الشكلية أو في حالات البطلان النسبي بناء على طلب أحد الشركاء لنقص أهليته أو لعيب شاب رضائه.هذا ويعد تقدير الشركة الفعلية مما يدخل في سلطة قاضي الموضوع ولا معقب عليه في ذلك متى أقام قضاءه على أسباب سائغة وفي ذلك قررت محكمة التمييز الاردنية " 1. اعتبرت المادة 14 من قانون الشركات رقم 12 لسنة 1964 التي تكونت الشركة موضوع الدعوى في ظله، الشركة شركة فعلية بالرغم من عدم تسجيلها في سجل الشركات، وعلى هذا النهج سارت احكام قانوني الشركات اللاحقين رقم 1/ 1989 و22/ 1997 في المادة 15 منهما، وبالتالي فان اسباب انقضائها هو فسخها بموجب حكم قضائي باعتبارها شركة اشخاص، ولذا فان لجوء المدعي الى القضاء للمطالبة بفسخ الشركة يستند الى صحيح القانون. (نشير الى قرار تمييز حقوق رقم 737/ 1999 تاريخ 19/ 6/ 1999)

2. ان البحث في الفرق بين المطالبة ببطلان عقد الشركة ومن يحق له طلب البطلان وبين المطالبة بفسخها وتصفيتها غير منتج، حيث لا يشكل ذلك تناقضا في المطالبة لسببين : 1. ان الاثار المترتبة على الحكم ببطلان عقد الشركة الفعلية تتشابه مع الاثار المترتبة على الحكم بفسخها (نشير الى كتاب الوجود الواقعي والقانوني للشركة الفعلية في القانون المقارن للدكتور مفلح القضاة ص 392 وما بعدها.

2. ان من حق محكمة الموضوع تكييف الدعوى التكييف القانوني الذي تراه يتفق مع وقائعها، ومن ثم الحكم على ضوء ما تراه وفقا للتكييف القانوني الذي توصلت اليه.

3. تعتبر احكام المادة 122 من قانون الاصول المدنية غير متوفرة في الطلب لعدم توقف اصدار الحكم بفسخ وتصفية شركة على صدور حكم في دعوى اخرى تتعلق بدعوى محاسبة بين الشركاء، ذلك ان صدور حكم بفسخ وتصفية شركة ما، لا يتوقف على الفصل في حقوق الشركاء في تلك الشركة، حيث ان المصفي المعين حين صدور قرار بتصفية الشركة يسير باجراءات التصفية على ضوء ما يثبت لديه من حقوق والتزامات للشركاء والغير في تلك

الشركة، وان اية احكام تصدر تحدد حقوق الشركاء في الشركة تحت التصفية تؤخذ بعين الاعتبار من قبل المصفي.

4. لم يرد في قانون الشركات الاردني، اية احكام تتعلق بتصفية وفسخ الشركات الفعلية، بل اعترف بوجودها، وعليه وحيث ان احكام القانون المدني الاردني اوردت نصوصا تتعلق بتصفية الشركات، وبالتالي تطبق على تصفية الشركات غير المنصوص على احكام تصفيتها في قانون الشركات الساري المفعول حين صدور الحكم.

5. ان المادة 584/ 2 من القانون المدني اشارت الى ان عقد الشركة غير المكتوب يعتبر صحيحا بين الشركاء، الا اذا طلب احدهم اعتباره غير صحيح، فيسري على هذا العقد من تاريخ اقامة الدعوى، وحيث ان احد الشركاء تقدم بهذه الدعوى وهو المدعي للمطالبة بفسخ وتصفية الشركة كون العقد غير مكتوب ويطالب بالغائه، فان الحكم بناء على طلب المدعي بالغاءه وفسخ العقد باعتباره غير صحيح يسري من تاريخ اقامة الدعوى بصراحة النص.

6. اوضحت المواد من 606 – 610 من القانون المدني، بان الشركة وبعد صدور قرار فسخها بين الشركاء تبقى شخصيتها الحكمية قائمة بالقدر اللازم للتصفية، وبان واجب المصفي القيام بجرد موجودات الشركة واستيفاء حقوقها ووفاء ديونها وبيع اموالها حتى يصبح المال مهيئا للقسمة مراعيا في ذلك احكام القانون المنصوص عليها في قرار تعيينه.

7. ان المطالبة بفسخ او صحة عقد يتوجب دفع الرسوم عنه بقيمة المتعاقد عليه عملا باحكام المادة 52 من قانون الاصول المدنية، وحيث لا يوجد عقد خطي مكتوب يتضمن المتعاقد عليه، فان المادة 49/ 2 منه اجازت للمحكمة في أي دور من ادوار المحاكمة اذا ارتابت في صحة القسمة تقوم بتقديرها من قبلها، وتكلف المدعي بفرق الرسم وفق احكام المادة 124 من القانون ذاته "([1]).

ثالثاً:لا يتم الحكم ببطلان عقد الشركة بالرغم من توافر أسبابه إلا بناء على طلب ذوي المصلحة؛ بمعنى أن هذه الشركة تستمر في أعمالها وتعتبر صحيحة ومستوفية للشروط

([1]) " قرار محكمة التمييز الاردنية بصفتها الحقوقية رقم 2002/1043 (هيئة خماسية) تاريخ 2002/10/6 ، منشورات مركز عدالة

القانونية، وتمارس نشاطها كشركة صحيحة ما لم يتقدم أحد بطلب بطلان عقد الشركة، وفي هذه الحالة يسري البطلان من تاريخ تقديم الدعوى أو من تاريخ صدور حكم بالبطلان حسب الواقع التشريعي ومتى أخذ البطلان مفعولة فتصفّى الشركة أو تحل وتبطل جميع اجراءات الشركة بعد ذلك ([1]) فقد قضت محكمة النقض المصرية بأن " عدم اشهار شركة التضامن لا يترتب عليه بطلانها بين الشركاء الا اذا طلب ذلك أحدهما وحكم به وعندئذ تسوى حقوقها في الاعمال التي حصلت كما هو الحال في نصوص قانون التجارة "([2]).

وقضت محكمة النقض السورية بأنه " استقر اجتهاد الهيئة العامة لمحكمة النقض على أن الإخلال باجراءات شهر الشركة، أي عدم إيداع عقد الشركة في ديوان المحكمة يترتب عليه بطلان عقد الشركة، غير أن هذا البطلان لا يقع حكماً بقوة القانون وإنما يجب التمسك به من قبل صاحب المصلحة سواء بدعوى أصلية أو على سبيل الدفع وفي جميع مراحل الدعوى ما عدا مرحلة النقض. إن هذا البطلان يجعل العقد المبرم كأن لم يكن وأن هذا لا يمكن إيراده على عقد الشركة لانه يؤدي الى نتائج خطيرة لا تتماشى مع العدالة، وتأسيساً على ذلك أحدثت نظرية الشركة الفعلية التي اعتبرت الشركة موجودة فعلياً، وإن اثر البطلان لا يترتب مبدئيا إلا للمستقبل احتراماً للأوضاع القانونية التي اكتسبها الغير وتحقيقاً لاستقرار التعامل. وعلى هذا فإن للشركة وجود فعلي بالنسبة للماضي قامت على أساسه بتصرفات وأعمال نشأت عنها اثار مختلفة فيما بين الشركاء وبالنسبة للغير".([3])

الفرع الثاني: تمييز الشركة الفعلية عما يتشابه معها

1.التفرقة بين الشركة الفعلية والشركة التي تنشا من الواقع:

تختلف الشركة الفعلية عما يعرف بشركة الواقع أو الشركة من خلق الواقع فالشركة الفعلية هي شركة توافرت لها أركانها الموضوعية العامة والخاصة واتجهت إرادة الشركاء الصريحة

---

(1)ناصيف الياس، مرجع سابق، صفحة 201

([2]) طعن رقم 74 لسنة 13 ق جلسة 4/27/ 1944 المجموعة في 25 عاما بند 16 ص 690. وايضا طعن رقم 354 لسنة 30 ق جلسة 1965/11/9 السنه 16 ص 986. نقلا عن عل ي حسن يونس

([3]) قرار محكمة النقض السورية، نقلا عن شمس، المحامي محمود زكي، شرح القانون الخاص بالشركات الصادر بالقانون رقم 3 لسنة 2008،الطبعة الاولى 2008، مطبعة الدودي، دمشق ص 160

نحو تأسيس شكل معين من أشكال الشركاء المعترف بها قانوناً، ولكن اغفل الشركاء إتباع الإجراءات الشكلية المقررة قانوناً. أما شركة الواقع فهي تنشأ نتيجة اشتراك عدة أشخاص لتحقيق غرض اقتصادي معين بالرغم من عدم اتجاه إرادتهم منذ البداية غلى تكوين الشركة على أسس قانونية من حيث شكلياتها.ففي شركة الواقع يتفق الأطراف على الدخول في مشروع معين، ويتوافر لهذا التعاون أو الاتحاد بينهم كافة الأركان الموضوعية للشركة كرأس المال والمشاركة في الأرباح والخسائر ونية المشاركة مع توافر المظاهر الخارجية للشركة، مثل وجود عنوان واسم تجاري وفتح حساب بنكي باسم المشروع دون أن تتجه إرادتهم إلى اتباع شكل محدد من أشكال الشركات.

فالفارق الجوهري بين الشركة الفعلية وشركة الواقع يكمن في أن إرادة الشركاء في الشركة الفعلية تتجه صراحة منذ البداية نحو تأسيس شكل معين مثل شركة تضامن وغيرها،في حين أن إرادة الشركاء في شركة الواقع لم تتجه منذ البداية إلى تأسيس أو إتباع شكل معين من أنواع الشركات. ويظهر ذلك عادة في الحالات التي يتفق فيها جميع الأطراف على تنفيذ مشروع معين بذاته دون أن تكون لهم رغبة في الاستمرار في ممارسة نشاط عام ومتفرع ولمدة طويلة. وتتفق الشركة الفعلية والشركة من خلق الواقع في وجوب أن تتوافر فيهما الأركان الموضوعية العامة والخاصة.

وبالرغم من أن التفرقة السابقة لم تحظ باهتمام الفقه المصري في عمومه، إلا أن المشرع الفرنسي قد اعترف بهذه التفرقة ورتب عليها بعض الآثار القانونية المهمة، وذلك بناء على تعديل المادة 1873 من التقنين المدني والفرنسي عام 1978. فالشركة من خلق الواقع في القانون الفرنسي تختلف عن الشركة الفعلية، فالأولى، على ما هي معرفة عليه في القانون الفرنسي، تنشأ في الأحوال التي تتجه فيها إرادة شخصين أو أكثر للقيام بمشروع مالي أو اقتصادي محدد،يشاركون في الأرباح والخسائر الناجمة عنه دون أن تتجه إرادتهم لتكوين شركة مستقلة.

وتخضع الشركة من خلق الواقع في القانون الفرنسي –في مجمل أحكامها– لذات الأحكام التي تسري على شركات المحاصة، فلا تتمتع شركة الواقع بالشخصية المعنوية، وهي ليست محلا للإفلاس. كما تكون الملكية بين الشركاء في شركة الواقع ملكية على الشيوع، وتكون مسؤولية الشركاء تضامنية قبل الغير في حالة دخولهم في علاقة قانونية مع هذا الغير. ويكون لأي من الشركاء في حالة إثبات وجودها إنهاء الشركة في أي وقت بمجرد إخطار الشركاء بذلك

طالما تم الإخطار في وقت معقول وبحسن نية طالما لم يتم الاتفاق على غير ذلك، ويجب – بطبيعة الحال – أن تتوافر لها الشروط الموضوعية اللازمة لتأسيس الشركة ولا نخلو التفرقة بين الشركة الفعلية والشركة من خلق الواقع في القانون المصري،من أهمية فالشركة الفعلية متى تم الاعتراف بها تأخذ الشكل القانوني الذي اتجهت إليه إرادة الأطراف اي أنها قد تكون شركة تضامن أو توصية بسيطة أو غير ذلك من أشكال الشركات. وتتحدد مسؤولية الشركاء قبل الغير على هذا الأساس فتكون مسؤولية الشركاء الموصين محدودة ومقيدة في حدود مساهمتهم، كما أنه لا يجوز شهر إفلاسهم في حالة شهر إفلاس الشركة أما الشركة من خلق الواقع فإنها تخضع لأحكام شركة التضاممن بصفة أساسية، وتكون مسئولية الشركاء فيها قبل الغير مسئولية تضامنية، والقول بغير ذلك يفتح المجال للتحايل على الغير الشركاء فيها قبل الغير مسئولية تضاممنية، والقول بغير ذلك يفتح المجال للتحاليل على الغير والإضرار بمصالحهم. وبعبارة أخرى، تعامل الشركة من خلق الواقع معاملة شركة المحاصة التي لا يكشف الشركاء عنها.

ولمحكمة الموضوع أن تستخلص وجود الشركة من خلق الواقع من عناصر مختلفة طبقا لتقديرها. وقد تكون المظاهر داخلية،أي واردة في اتفاق الأطراق، مثل النص على رأس المال ومساهمة كل طرف ومشاركتهم في الربح والخسارة، واتخاذ القرار وإنشاء مجلس مستقل لإدارة المشروع. وقد تكون بعض المظاهر خارجية مثل وجود عنوان ومركز لإدارة المشروع واستخدام مطبوعات عليها اسم المشروع وفتح حساب باسم المشروع وليس حسابا مشتركا باسم الشركاء، وإبرام عقود مع الغير باسم المشروع، أو تعيين عاملين لحساب المشروع، وغير ذلك من العناصر المادية التي قد يستخلص منها وجود الشركة من خلق الواقع.

وتكمن أهمية التمييز بين الشركة الفعلية عن الشركة التي تنشأ من الواقع في مجالين هما تحديد نوع الشركة وطريقة تصفيتها، فالشركة الفعلية تخضع للعقد الذي حرره الشركاء عند تأسيسها سواء أكانت تضامن أو توصية بسيطة وهكذا، أما الشركة المنشأة من الواقع فتعتبر من شركات التضامن ما لم يثبت انها من نوع آخر، أما من حيث التصفية فإن الشركة المنشأة من الواقع أو بصورة فعلية فتخضع للقواعد العامة في تصفية الشركات كونها لم تدرج في عقد خطّيا، أما الشركة الفعلية فتخضع للتصفية حسب الشروط الواردة في عقد تأسيسها([1]).

([1])ناصيف الياس، صفحة 222

2_ التمييز بين الشركة الفعلية وشركة المحاصة:

عرفت الشركة الفعلية على انها شركة توافرت لها الأركان الموضوعية العامة والخاصة واتجهت إرادة الأطراف نحو تأسيس شكل من أشكال الشركة اغفل الشركاء اتباع الاجراءات الشكلية المقررة قانوناً، فإن الشركة الفعلية تتمتع بالشخصية المعنوية إذا ما توفرت لها الأركان العامة والخاصة للعقود عموماً وعقد الشركة خصوصاً،فهذه الشركة تحمل الحق في اعتبارها شركة تجارية فعلية حتى لو لم يتم تسجيلها في سجل الشركات لأنها تتمتع بالشخصية المعنوية بقدر ما هو ضروري لتصفيتها.

اما شركة المحاصة فهي الشركة التجارية التي تنعقد بين شخصين أو أكثر يمارس اعمالها شريك ظاهر يتعامل مع الغير، بحيث تكون الشركة مقتصرة على العلاقة الخاصة بين الشركاء على انه يجوز اعتبارها بين الشركاء بجميع طرق الاثبات. وشركة المحاصة شركة ذات طبيعة خاصة يقتصر وجودها على الشركاء فقط ولا وجود لها بالنسبة للغير،فلا تكون لها شخصية معنوية، ولا ذمة مالية كما أنها لا تتمتع بموطن او عنوان أو إسم أو جنسية، فطبيعة شركة المحاصة ترتكز على قيام أحد الشركاء بالعمل باسمه الشخصي طبقاً للشروط المتفق عليها بين الشركاء في عقد الشركة ([1]). فإذا تدخل غيره في إدارتها الخارجية أمام الغير فإن شركة المحاصة تتحول إلى شركة واقعية لفقدانها لسريتها نتيجة عدم إشهارها.([2])

3_ التمييز بين الشركة الفعلية والشركة في مرحلة التكوين

تختلف الشركة الفعلية عن الشركة في مرحلة التكوين على الرغم من التشابه الذي يربط بينهما؛ فالعناصر الاساسية اللازمة لوجود الشركة الفعلية هي ذاتها العناصر اللازمة لوجود الشركة في مرحلة التكوين أو الشركة تحت التكوين، وأن كلا الشركتين تستبعد الاخرى؛ فلا يمكن ان القول بوجود الشركة تحت التكوين والشركة الفعلية في وقت واحد.

ولقد استند الفقه إلى العديد من المعايير التي تميز بين هذين النوعين وهي:معيار بدء الشركة، ومعياري طبيعة الاعمال التي تمارسها الشركة والمدة التي تحتاجها الاجراءات اللازمة لذلك. وقد استخدم بعض الفقه معيار نية الشركاء والى أي نوع انصرفت هذه النية. وهذه كلها وقائع

([1]) العكيلي، د.عزيز العكيلي، الشركات التجارية في القانون الاردني، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان 1995، صفحة 225

([2]) القضاة د مفلح عواد، مرجع سابق، ص 124.

تخضع لتقدير محكمة الموضوع([1]) ولقد نقضت محكمة النقض الفرنسية حكما لمحكمة استئناف فرنسية لأنها لم تتبين في حكمها طبيعة الأعمال التي قام بها الشركاء في الشركة ذات المسؤولية المحدودة؛ فقد استخدمت محكمة النقض المصرية معيارا نفسيا يتمثل في وجود نية المشاركة من عدمه لتحديد نوع هذه الشركة.

الفرع الثالث إثبات الشركة الفعلية:

لم يفرض القانون الأردني والفقه المقارن طريقة معينة لاثبات وجود الشركة الفعلية،فيجوز اثبات نظرية الشركة الفعلية بجميع طرق الاثبات.سواء تتمثلت الوسائل بالكتابة أو بالبنية الشخصية أم بالقرائن أو باليمين الحاسمة. فقد أتاح الفقه والقانون الفرصة أمام القاضي لاثبات وجود الشركة الفعلية بكافة طرق الاثبات، ويستطيع القاضي الاعتماد على أي دليل قانوني وجد في الدعوى لاثبات وجود الشركة، ولا يختلف الحال إذا كان الهدف هو إجراء التصفية بين الشركاء ؛ فيجوز اثبات الشركة الفعلية بجميع الطرق المنصوص عليها في قانون التجارة، ومنها البينة الشخصية([2])؛ حيث أن الشركات التي لاترتبط بسند كتابي ولا يتم إشهارها حسب الاصول تعتبر من الشركات الواقعية التي يجوز إثبات قيامها بالبينة الشخصية، وذلك لمجرد تصفية آثارها لا بغاية إقرار بقائها، على اعتبار أن وجودها يعتبر واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات. ومن جهة ثانية فإن الاقرار اثناء الاستجواب بقيام الشركة بينه وبين الغير، فإذا انتهى الحكم إلى استثبات قيام هذه الشركة بين الطرفين بالاستناد إلى شهادة الشهود إقرار الطاعن يكون مقاماً على أساس سليم ([3])، فإن اعتماد المحكمة على القرائن المستخلصة من وثائق ومستندات لدعوى لاثبات وجود الشركة هو أمر جائز قانوناً ([4]) وقد ورد في قرار محكمة التمييز الاردنية بأنه "* تعتبر الصلاحية المطلقة لمحكمة الموضوع بوزن البينة، وإستخلاص النتائج السليمة منها، مقيد بإتفاق ذلك مع أحكام القانون.

([1]) القضاة د مفلح عواد، مرجع سابق، ص 321.

([2]) تمييز لبناني، قرار رقم 79 ت 1960/6/22،باز 1960، ص 87 نقلا عن الياس ناصيف.

([3]) قرار محكمة النقض السورية رقم (250) تاريخ 1971/3/30 المنشور في العدد 6 من صفحة 243 من مجلة المحامون لعام 1971، شمس، المحامي محمود زكي شمس، مرجع سابق، ص 155.

([4]) القليوبي د.سميحة، مرجع سابق، صفحة 65

* ان أمر السماح بتقديم بينة إضافية، هو من صلاحية محاكم الموضوع، إعمالاً لنصّ المادة 72/ 2 من قانون أصول المحاكمات المدنية.

* يعتبر إثبات وجود الشركة الفعلية أمّر جائز قانوناً بكافة طرق الإثبات، فيما بين أطرافها، بإعتبار أنهّا تقوم بأعمال تجارية، وأنّه بإفتراض عدم جواز ذلك، فإنّه لا يمكن لأيّ شريك إثبات وجودها، أو إنقضائها، أو إثبات آثار قيامها من ربح وخسارة، بحيث يصبح من غير الممكن له، اللجوء للقضاء للوصول إلى حقوقه، مما هو غير مقبول.
* اذا جعلت محكمة الإستئناف، من ردودها على أسباب الإستئناف الأصلي، المقدم من المستأنفة -المميزة- ردوداً على إستئناف المستأنف تبعياً -المميز-، وحيث أنّ لكل منهما، أسباباً لإستئنافيهما مستقلة عن الأخرى، تتناول مواضع ومصالح قد تكون متناقضة، فإنّ مؤدى ذلك، أنّ قرارها يكون قد إنطوى على مخالفة القانون والأصول والواقع، مما يجعله واجب النقض"([1]).

ويتمثل الهدف من اعطاء المحكمة السلطة التقديرية لاثبات قيام الشركة الفعلية بحماية الأوضاع الظاهرة للحفاظ على استقرار الأوضاع القانونية؛ لأن الغير تعامل مع الشركة قبل الحكم ببطلانها على أساس أنها شركة صحيحة، فلا يجوز أن يفاجىء ببطلانها وتقييد حرية اثباته بوجودها لأنها شركة شرعية وصحيحة وموجودة قانوناً.

تقتضي القواعد العامة في الاثبات توزيع طرق ووسائل الاثبات على المدعي والمدعي عليه سواء منفردين أو مجتمعين، حيث أن القاعدة العامة تنص على أن البنية على من ادعى واليمين على من أنكر، ولا حجة مع التناقض والأصل حماية الظاهر، وعليه فإن الشركة والغير يتمتعون بخاصية حريّة إثبات وجود الشركة الفعلية ويختلف الامر من شخص لآخر إلا إنه يخضع لرقابة محكمة التمييز ضمن وسائل محددة.

فبالنسبة للغير ولحماية الأوضاع القانونية المستقرة ومراعاة الغير حسن النية التعامل مع الشركة، فإنه يتمتع بحرية الاثبات بكافة وسائل وطرق الاثبات المتاحة في القواعد العامة مثل البنية الشخصية والشهادة والقرائن والكتابة. ويعود ذلك إلى أن الغير تعامل مع الشركة بحسن النية،فمن غير المقبول فقهاً ولا قانوناً أن يعاني الغير من إهمال الشركاء وتقصيرهم وتهاونهم

([1]) " قرار محكمة التمييز الاردنية بصفتها الحقوقية رقم 1999/748 (هيئة خماسية) تاريخ 1999/8/3 منشورات مركز عدالة

في تسجيل وكتابة عقد الشركة ؛فالغير له مطلق الحرية في استخدام كافة الطرق والأساليب القانونية لاثبات وجود الشركة الفعلية لأنه لابد له في عدم كتابة عقد الشركة الفعلية أو تسجيلها لدى مراقبة الشركات أو نشره ([1]) فقد ورد في قرار محكمة التمييز الاردنية "* اذا ثبت من مشروحات مراقب الشركات انه لا وجود لأية شركه باسم (اسحق عبد ربه ومشاركوه) لديه فان الدعوى تكون من شخص اعتباري غير موجود ولا يجوز قبولها ويتوجب ردها.

* ان ادعاء المميز بأن الخصومه صحيحه رغم عدم وجود شخصيه اعتباريه باسم المدعيه (اسحق عبد ربه وشركاه) لأن هذه الشخصيه هي شركه واقعيه غير مسجله لدى مراقب الشركات، إن هذا الادعاء يقوم على سوء فهم لنص الماده 14 من قانون الشركات رقم 12 لسنة 1964 الذي اقيمت الدعوى في ظله ونص الماده 15 من قانون الشركات رقم 22 لسنة 1997 اللذين أجازا للغير ان يتمسك بوجود الشركه الفعلي او ببطلانها لعدم تسجيلها لدى مراقب الشركات حسبما تمليه عليه مصلحته اما الشريك فليس له ان يتمسك بوجود الشركه الفعلي"([2]).

أما بالنسبة للشركاء فبالعودة إلى نص المادة (1/584) من القانون المدني الأردني الذي ينص على وجوب كتابة عقد الشركة العادية وإثباتها بذلك.أما بالنسبة للشركة الفعلية فإن الشركاء لهم مطلق الحرية في اثبات وجود الشركة الفعلية بأي طريقة كانت، بشرط أن تكون قانونية فيحق للشركاء استخدام القرائن القضائية والقانونية واستخدام الخبرة وتقديم البنية الشخصية واللجوء الى الاقرار فقد ورد في قرار محكمة التمييز الاردنية بانه "

إذا اقرت المميزة انه بتاريخ 1982/3/29 اعطت للمميز ضده مبلغ 2000 دينار بموجب شيك وذلك بنية تكوين شركة بينهما للاتجار ببيع الخضار والفواكه بلبنان تسمى (مؤسسة مرشد وابو خلف) فان هذا الاقرار بحد ذاته يجعل للشركة المشار اليها وجودا صحيحا باعتبارها شركة

([1]) القضاة مفلح عواد، مرجع سابق، صفحة 202

([2]) قرار محكمة التمييز الاردنية بصفتها الحقوقية رقم 2000/1072 (هيئة خماسية) تاريخ 2000/9/25، منشورات مركز عدالة

فعلية وبما ان المميزة شريكة في هذه الشركة الفعلية فان عليها ان تخاصم الشركة لتسوية حقوقها لا ان تخاصم المميز ضده بصفته الشخصية"([1]).

لدى المحكمة لاثبات وجود الشركة الفعلية ولا يستطيع الشركاء الاحتجاج بوجود الشركة تجاه الغير لان من سعى في نقض ما تم من حصته فسعيه مردود عليه ([2]).

ويستثني من مبدأ حرية الاثبات بعض الأحكام تتمثل في حالة كون الشركة مدنية أو أن يكون هنالك مبدأ ثبوت بالكتابة، مع وجود حرية الاثبات للشركة الفعلية وضرورة كتابة عقد الشركة المدنية ويتمثل الاستثناء الثاني بمنع القضاء للخليليين من الاستفادة من الاستحالة الأدبية أو المعونية تمنع الحصول على دليل مكتوب، لكون العلاقة بينهما تستند إلى أساس غير مشروع ثم عاد القضاء الفرنسي وتراجع عن هذين المبدأيين في عام 1961 و1968م.

أما الاستثناء الثالث فيتمثل باشتراط القانون الفرنسي كتابة عقد شركة التضامن وشركة التوصية البسيطة، ثم تراجع القضاء عن هذا الاستثناء واجاز اثبات عقد الشركة الفعلية بكافة طرق الإثبات بحيث تخضع محكمة الدرجة الأولى والثانية لرقابة محكمة النقض والتمييز، على الرغم من حرية الاثبات أمام هذه المحكمة، ويتحدد ذلك باستدلال وجود عناصر الشركة الفعلية من وجود عناصرها، أو أن تبسط رقابتها على وسائل اثبات كل عنصر من عناصر الإثبات على حدا.

ولكن محكمة الدرجة الأولى لا معقب عليها من محكمة التمييز ما دام أنها توصلت إلى قيام الشركة الفعلية متى أقام حكمه النهائي في الدعوى على أسباب سائغة ومقبولة من حيث المنطق القانوني ([3]).

وفي ذلك قضت محكمة التمييز بانه "1. اذا وقع خلاف بين الشركاء في الشركة فان الادعاء بوجوب مخاصمة الشركة كشخص اعتباري في غير محله. وان مطالبة الشريك احالة الخلاف بينه وبين شركائه الى التحكيم طبقا لشروط عقد الشراكة لا يعني انه يرغب بالانسحاب من الشركة ولا يرد القول تبعا لذلك انه يتوجب عليه اعمال شروط العقد بتقديم طلب خطي

([1]) " قرار محكمة التمييز الاردنية بصفتها الحقوقية رقم 1990/1188 (هيئة خماسية) تاريخ 1991/4/25 منشورات مركز عدالة

(2)القضاة مفلح عواد، مرجع سابق، صفحة 203

(3)القضاة د مفلح عواد، مرجع سابق، صفحة 205-219

بالانسحاب وموافقة جميع الشركاء وان لا يكون ذلك قبل مضي ثلاث سنوات على عقد الشركة وقبل ثلاثة اشهر من الرغبة بالانسحاب.

2. اذا كان احد الشركاء في الشركة يعمل موظفا حكوميا فانـــه لا يــؤدي الـــى بطـــلان عقــد الشركة باعتبار انه لا بطلان بدون نص.

3. تعتبر الشروط المنصوص عليها في المادة 2/175 من قانون اصول المحاكمات المدنية غير متوفرة في هذه الدعوى لادخال الشريك اياد عبد الله العقيلي كمستأنف انضمامي "([1]).

المبررات القانونية والعملية لنظرية الشركة الفعلية

جاء الحديث عن شرط الكتابة في الشركات الفعلية في النصوص القانونية الـــواردة فـــي القانون المدني الأردني وقانون الشركات التجارية الأردني التي أكدت على ضرورة الكتابة فـــي عقد الشركة، وإلا كانت الشركة باطلة حيث أن الشركة لا تكتسب الشخصية المعنويـــة إلا بعــد تسجيلها في سجل الشركات لدى وزارة الصناعة والتجارة حسب الإجراءات التي رسمها القانون في هذا المجال. ويرجع السبب في اشتراط عقد الكتابة أن عقد الشركة يتضمن تفصيلات كثيرة ومعقدة يجب تدوينها وعدم الاعتماد على شهادة الشهود في إثباتها عند قيام النزاع بشأنها، كمـــا أن المشرع في هذه الحالة يدفع الشريك إلى التفكير في الآثار التي تترتب على هذا العقــد مـــن ربح أو خسارة. مما يساعد أي شخص في الإطلاع على تفصيلات وشروط عقد الشركة المبرم بين الأطراف.

ويحقق هذا الفرض نوع من الرقابة على كل الشركات منذ نشأتها وحتى انتهاءها بـــالطرق القانونية بها كما أن سيتيح الإطلاع إعمال الشركة صادراً ووارداً بما يحقق سيطرة الدولة على الدوافع الاقتصادية بشكل عام ومنع التحايل على الأفراد والمجتمعات في هذا المجال. ومن هنـــا فإن الكتابة شرط أساسي لانعقاد جميع الشركات ما عدا شركة المحاصة، والأصل أن الشخصية المعنوية للشركة لا تثبت بمواجهة الغير إلا بالكتابة.فعقد الشركة من العقود الـــشكلية التـــي أن تخلفت عنها كانت هذه الشركة باطلة، إما إذا قامت الشركة دون التسجيل فإن نظريـــة الـــشركة الفعلية تقوم في هذه الحالة وذلك لتحقيق أهداف وغايات قانونية أرادها المشرع.

([1]) قرار محكمة التمييز الاردنية بصفتها الحقوقية رقم 1996/984 (هيئة خماسية) تاريخ 1996/6/19منشورات مركز عدالة

ومن المبررات القانونية العملية التي تهدف نظرية الشركة الفعلية إلى تحقيقها الحيلولة دون حدوث صدع وإخلال في المراكز المستقرة وإهدار لحقوق الغير الذي يتعامل مع الشركة دون أن يعلم بالعيوب التي تلحق بعقد الشركة منذ تأسيسها، حيث أن العقد وقد ظهر على الواقع العملي وانشأ الشخصية المعنوية للشركة خاصة وأن عدم الاعتراف بعقد الشركة هنا – بخاصة للغير يؤدي إلى إهدار المعاملات التي أبرمها الغير مع الشركة والقول بهذا المبدأ غير ممكن لما ينتج عن من مشاكل عملية.([1])

أن الاعتراف الفقهي والقضائي والقانوني بالوجود الواقعي الفعلي بسبب الوجود الشرعي القانوني وما ينتج عنه من اقتصار أثار العقد المبرم على الماضي فقط يوفر نوع ممن الحماية للغير حسن النية الذي إبرم عقداً مع الشركة وربما إبرام تصرفات أخرى من بيع أو إيجار أو شراء من الشركة الأمر الذي يترتب عليه القول بأن عدم الاعتراف بالشركة العقلية يوفر نوع من التحايل للشركاء تجاه الغير فمن غير المنطقي هدر حقوقه تجاه تلك الشركة بإنكار وجودها وقد اعترف القضاء الاردني بنظرية الشركة الفعلية حيث ورد في قرار لمحكمة التمييز الاردنية بان" التخلف عن التقيد باجراءات تسجيل الشركة لدى مراقب الشركات لا يؤثر على الوجود الفعلي للشركة، اذ تعتبر هذه الشركة قائمة كشركة فعلية. فاذا تضمن عقد تاسيس الشركة الفعلية التي اسسها الطرفان حقوقا والتزامات لكل من الطرفين، فان ما ينبني على ذلك انه لا يحق للمدعي ان يطالب الجهة المدعى عليها باسترداد المبلغ المدعى به الذي كان قد دفعه كراسمال للشركة، وانما له الحق ان يطلب فسخ الشركة وتصفيتها"([2]).

ويوفر الاعتراف بالنظرية الشركة الفعلية الاعتراف القانوني بالشخصية المعنوية لهذه الشركة([3]) بمعنى صلاحياتها لاكتساب لحقوق وممارسة الالتزامات المترتبة عليها واعتبار الأعمال التي مارستها من بيع أو تأجير أو رهن صحيحاً في حدود نظرية الشركة الفعلية.كما إنها تخضع لاحكام المسؤولية العقدية والتقصيرية أن توافرت شروطها وتخضع كذلك للمسؤولية الجنائية في حدود تنظيمها القانوني كشركة. ويحقق لها وللغير رفع دعوى تجاه الشركة للمطالبة

([1]) محمد فريد العزيز، ومحمد الفقي،، مرجع سابق، صفحة 55

([2]) " قرار محكمة التمييز الاردنية بصفتها الحقوقية رقم 2001/1860 (هيئة خماسية) تاريخ 25/10/ 2001 منشورات مركز عدالة

([3]) سامي د فوزي محمد، مرجع سابق، صفحة 34

بالحقوق والالتزامات المترتبة عليها ولم يعترف الفقه لتشريع القانوني بنظرية الشركة الفعلية بجميع حالات البطلان بل اعتمد على عدم مراعاة الشروط الشكلية لبطلان بسبب نقص الأهلية أو عيوب الرضا والبطلان المتوفر بسبب وجود مخالفه للشروط الخاصة بعقد الشركة المعلنة فإن المجال لم يكن موسعاً في هذه النظرية بل جاء على أضيق الحدود ولحماية المصالح القانونية والمراكز المستقرة التي اعترف بها المشرع بالحماية القانونية وبالتالي فإن في ذلك احترام المبادئ القانونية العامة وخاصة النظام العام والآداب العامة.

كما أن الاعتراف القانوني بنظرية الشركة الفعلية وبما يتبعه من اعتراف بالشخصية المعنوية يؤدي حتماً إلى تصفية الشركة بعد الحكم ببطلانها الأمر الذي يترتب عليه اعتبار الشركة الفعلية قائمة في الفترة بين تكوينها والحكم ببطلانها أو رفع دعوة البطلان ؛أي أن المشرع قد عمل على ترتيب الوضع القانوني لهذه الشركة فلم يترك الأمر لاجتهادات القضاء والفقه بل رسم صوراً لهذه الشركة وآلية تصفيتها مما يعني أن المشرع نظم موضوع تصفية الشركة الفعلية وذلك بسبب العلاقة القائمة إما بين الشركاء أنفسهم أو بينهم وبين الشركة من جهة وبين الغير من جهة أخرى.

ومتى توفرت نظرية الشركة الفعلية فلا يجوز للمحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها بل يجب أن يتم ذلك بناءً على طلب قضائي وذلك ممن تتوفر فيه المصلحة القانونية لتقديم هذا الطلب، ولا يجوز للشركاء المطالبة بالبطلان تجاه الغير وهذا يوفر حماية أضافية للغير حسن النية لأن من سعي في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه. ويجوز تصحيح هذا البطلان بإتمام إجراءات النشر لأن تطبيق العقد أولى من إبطاله([1]).

([1]) ناصيف اليأس، ، مرجع سابق، صفحة 198.

المبحث الثاني

أركان عقد الشركة

عرف المشرع الأردني عقد الشركة في المادة (582) من القانون المدني الأردني، والتـــي جاء فيها أن الشركة عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن تساهم كل منهم في مشروع مالي بتقديم حصته من مال أو عمل لاستثمار ذلك المشروع واقتسام ما ينشأ عنه من ربح أو خـــسارة "هذا التعريف يتشابه مع تعريف القانون المدني المصري والسوري والعراقي"([1]).

تخضع الشركات حسب التعريف الوارد انفاً لنوعين من الشروط: فتخضع للشروط المقررة للعقود بوجه عام وهي الأهلية والرضا والمحل والسبب هذا من جهة، ومن جهة أخرى تخـــضع إلى أحكام الخاصة بعقد الشركة موضوعية أو شكلية يفرضها القانون.فإن لـــم تلتـــزم الـــشركة بالأحكام التي اشترطها القانون لها فإنها تكون عرضه للبطلان المطلق أو النسبي، ذلك حـــسب النص القانوني الذي لم تلتزم به الشركة.

وهذا يعني أن الشركة تخضع للأركان الموضوعية العامة للعقود والأركان الموضوعية أو الشكلية الخاصة بعقد الشركة والتي هي موضوع دراستنا في هذا المبحث.

المطلب الأول:الأركان الموضوعية العامة العقد الشركة.

المطلب الثاني:الأركان الموضوعية الخاصة بعقد الشركة.

المطلب الثالث:الأركان الشكلية الخاصة بعقد الشركة.

---

(1) سامي د.فوزي محمد، مرجع سابق صفحة 9، أما مجلة الاحكام العدلية، فقد عرفت شركة العقد، في المادة (1329) بأنها "شركة العقد عبارة عن عقد شركة بين اثنين أو أكثر على كون رأس المال والربح مشتركاً بينهم"

المطلب الأول

الأركان الموضوعية العامة لعقد الشركة

تطبيقاً لأحكام المواد (87-156) من القانون المدني الأردني يجب أن يتوافر في عقد الشركة الشروط المفروضة لابرام العقود بوجه عام والرضا والمحل والسبب بالإضافة إلى شرط توافر الأهلية المطلوبة لابرام العقود ابتداءً.

يتبين من تعريف عقد الشركة أن الشركة عقد يجب أن تتوافر فيه كامل الأركان العامة للانعقاد والصحة، وهي الرضا الخالي من عيوب الإدارة (الاكراه، التغرير مع الغبن، الغلط) الواردة في المواد (135-156) من القانون المدني الأردني، وبما أن عقد الشركة هو عقد شكلي ويعتبر من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فيجب أن يكون المتعاقد قد أكمل الثامنة عشرة من عمره أي أنه متمتعاً بسن الرشد كأصل عام ل (2/118) من القانون المدني الأردني. وتتمثل أركان العقد العامة في العناصر التالية: الرضا، الأهلية، المحل، السبب:

الفرع الأول: الرضا

ينشأ الرضا في العقود بالتقاء إرادة المتعاقدين المتمثلة بالإيجاب الصادر من الطرف الأول، والقبول الصادر عن الطرف الثاني. وتعتبر الإرادة متوافرة عند إجراء التصرف ما لم يقضي القانون بعكس ذلك. ويظهر الرضا عند إنشاء عقد الشركة بالتوقيع على عقد الشركة، وتشمل وسائل التعبير عن الإرادة إما باللفظ أو بالكتابة أو بالاشارة المعهودة عرفاً ولو من غير الأخرس أو بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي،أو باتخاذ مسلك لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على التراضي، ويصح أن يكون التراضي صريحاً أو ضمنياً([1]).

ينشأ العقد بارتباط الإيجاب بالقبول، ويلتزم أطرافه بآثاره وأحكامه فيجب أن ينصب الرضا على كل المسائل الجوهرية المكونة للعقد من رأس المال الشركة وموضوعها ومركزها وكيفية إدارتها وإن لم يتم الاتفاق على كل المسائل التفصيلية في عقد الشركة، فإن العقد ينشأ ويترتب آثاره ([2])، ويجب ان يتوفر في عقد الشركة ارادتها على الأقل وإلا أريد بها الاحتيال، ويظل

([1]) القانون المدني الاردني رقم 43 لسنة 1976، المادة رقم (93)

([2]) القانون المدني الاردني رقم 43 لسنة 1976، المادة رقم (99، 100)

عنصر الرضا متوافراً وإن اجتمعت أكثرية الحصص في يد شريك واحد شريطة أن لا تكـــون الحصص المتبقية ضئيلة جداً لدرجة استئثاره بملكية الشركة وإدارتها، ويعتبر ركن الرضا ركناً جوهرياً فإن انتقى لبعض الشركاء أو لدى أحدهم اعتبرت الـــشركة باطلـــة ويرتـــب الـــبطلان آثاره([1]).

وقد يشوب الرضا أحد العيوب التالية (الاكراه، التغرير مع الغبن، الغلط) فتؤثر على صحة العقد:

أولا : الإكراه

يعتبر العقد الناشيء عن الاكراه موقوفاً على الإجازة كأن يبرم شخص عقد الشركة بغيـــر رضاه وبغير حق نتيجة رهبة وقعت في نفسه دون حق، ويشترط في هـــذا الاكـــراه أن يكـــون المكره قادراً على إيقاع ما هدد به وإن يغلب على ظن المكره وقوع الاكراه عاجلاً إن لم يبـــرم عقد الشركة، وإن يتعلق الاكراه بخطر جسيم محدق يقع على النفس أو المال أو بغير ذلـــك،مع الأخذ بعين الاعتبار اختلاف الأشخاص والسن والمنصب ودرجة التأثر والألم من شدة الاكـــراه فإن عقد الشركة والحالة هذه يكون موقوفاً على اجازة المكره أو ورثتـــه بعـــد زوال الاكـــراه صراحة أو دلالة فينقلب العقد صحيحاً([2]).

– قرار تمييز –.

ثانياً : التغرير مع الغبن

إذا أبرم شخص عقد الشركة نتيجة الخداع من الآخر بوسائل قولية أو فعلية فحملته علـــى ابرام العقد لم يكن ليرضى بها لو علم بالاحتيال ويحق له أن يطلب فسخ العقد، ويقـــع التغريـــر بالفعل الصريح أو السكوت عمداً من واقعة لها علاقة بعقد الشركة. ويشترط أن يقع التغريـــر من المتعاقدين أو من نائبه،مستخدماً الحيل التي تساعده على ايقاع الطرف الآخر بالتغرير فـــإذا صدرت من الغير فإنه التغرير لا يقع ما لم يكن الطرف المتعاقد قد علم به، ويسقط حق التمسك

([1])ناصيف الياس، مرجع سابق، صفحة 77

([2]) القانون المدني الاردني رقم 43 لسنة 1976، المواد رقم (135 –142)

بفسخ عقد الشركة نتيجة التغرير والغبن بموت من له الحق في الفسخ وبالتصرف في المعقــود عليه مما يستضمن الاجازة وبهلاكه عنده وتعيبه وزيادته([1]).

ثالثا : الغلط

يحدث الغلط إذا وقع الشريك المتعاقد في غلط في صيغة عقــد الــشركة أو دلــت عليــه المعاملات أو ظروف الحال أو طبائع الأشياء والعرف، فوقوع الغلط في ماهية العقد أو شروط الانعقاد أو المحل ويبطل العقد أما إذا وقع في أمر مرغوب فيه كصفة في المحل أو ذات التعاقد الآخر أو صفة فيه أو في القانون فإن للطرف المتعاقد حق فسخ العقد وتجدر الإشــارة إلــى أن الغلط في الحساب أو في الكتابة لا يؤثر على العقد ويجب تصحيحه([2]).

ومن الأمثلة على ذلك أن يقع الغلط المبطل على طبيعة الشركة أو شكلها القانون،كمــا إذا اعتقد الشريك أنها شركة ذات مسؤولية محدودة في حين أن الشركة هي شركة تضامن أو شركة توصية بسيطة، ويقع الغلط في شخص الانسان إذا كان له دور مهم في الشركة، وهذا يحدث في شركات الأشخاص ويحق لمن وقع في الغلط طلب ابطال العقد.

الفرع الثاني: الأهلية

تعتبر الأهلية الركن الثاني من أركان عقد الشركة ولا يكون عقد الشركة صــحيحاً إلا إذا كان الشركاء من ذوي الأهلية القانونية للتعاقد فكل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون. غير المميز وتصرفاته باطلة أما الصبي البالغ سن التمييز فتصرفاته صحيحة من كانت نافعة نفعا محضا، وباطلة من كانت ضارة ضررا محضاً،أما التصرفات الدائرة بــين النفع والضرر،فتخضع لاجازة الولي في الحدود القانونية او القاصر بعد بلوغه ســن أي ســبع سنوات كاملة، ويحق لناقص الاهلية طلب بطلان عقد الشركة المبرم إذا لم يلجــأ إلــى طــرق

([1]) القانون المدني الاردني رقم 43 لسنة 1976، المواد رقم (143–150)

([2]) القانون المدني الاردني رقم 43 لسنة 1976، المواد رقم (151–156)

احتيالية لاخفاء نقص أهلية. وينص القانون على أن المجنون هو في حكم الصغير المميز ويشمل هذا الحكم المحجور للغفلة أو السفه فإن تصرف كل منهم بعد الحجر يكون العقد باطلا([1]).

أما بالنسبة للصغير المأذون فقد اختلف الفقه في جواز اعتباره طرفاً في عقد الشركة فالرأي الأول يعتبره جائزاً لأن الأذن الممنوح له في هذه الحالة مطلقاً. أما الرأي الثاني فإنه يفرق بين حالة أن يكون القاصر المأذون شريكاً متضامناً أو طرفاً في شركة أموال، فلا يجيز ذلك بالنسبة لشركة التضامن أو أن يكون شريكاً متضامناً في شركة توصية بسيطة ويجيز له أن يكون طرفاً في شركة مساهمة عامة أو توصية بالأسهم أو ذات مسؤولية محدودة؛ لأن حجم مسؤوليته في هذه الحالة يكون بقدر مساهمته في رأس مال الشركة ([2])

وقد تدخل المشرع الأردني في المواد (9-48-82) من قانون الشركات، ولم يعطي صفة الشريك إلا إذا أكمل الثامنة عشرة من عمره على الأقل في شركة التضامن والتوصية البسيطة والشريك المتضامن في شركة التوصية بالأسهم، ويجوز أن يكون الشخص المعنوي طرفاً في عقد الشركة إلا إذا منع المشرع ذلك صراحة في القانون،كما هو حال المادة التاسعة من قانون الشركات التي حصرت تأسيس شركة التضامن بالأشخاص الطبيعين.

الفرع الثالث: محل عقد الشركة:

اشترطت المادة (585) من القانون المدني الاردني أن يكون رأس مال الشركة من النقود، أو ما هو في حكمها مما يجري به التعامل، وإذا لم يكن من النقود فيجب أن يتم تقدير قيمته. فيشمل عقد الشركة الحصص التي يقدمها الشركاء عند تكوين رأس المال سواء تمثل هذه بالنقود أو العين أو المنفعة بشرط أن يتم تقدير قيمته – العين والمنفعة – بالنقود.

ويصح أن يكون محل عقد الشركة مالاً منقوماً كما يصح أن يكون محلاً بشرط أن يكون معيناً تعيين نافعاً للجهالة الفاحشة،دون أن يكون لارتفاع قيمة النقود أو انخفاضها وقت الوفاء أي أثر، ويجب أن يكون هذا المحل ممكناً ومباحاً وأن يتم تعيين نوع الشيء كما يشترط القانون أن لا يكون هذا المحل مستحيلاً فإذا كان مستحيلاً في ذاته وقت العقد كان العقد باطلاً، ولا يصح أن

([1]) عطوي فوزي، الشركات التجارية والقوانين الوصفية الشريعة الاسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، لا يوجد سنة نشر صفحة 31

(2) سامي د. فوزي محمد، مرجع سابق صفحة 10

يكون المحل مما يمنع القانون التعامل به أو لا يتفق مع الآداب العامة. فعلى سبيل المثـــال :إن تأسيس شركة محلها إدارة للعب القمار أو الاتجار بالمخدرات،أو الأموال المحظور التعامل بهـــا كتهريب العملة أو تهريب المخدرات أو تجارة الرقيق أو الاتجار بالبشر، ويعتبر بـــاطلاً اقـــدام الشركات الخاصة على نشاط يحصر القانون ممارسة بالدولة أو بشركات القطـــاع العـــام مثـــل توزيع الأدوية أو استيراد مواد معينة في مصر فيكون حكم العقد في هذه الحالة باطلاً ([1]).

ويشترط الفقه القانوني أن يكون محل عقد الشركة محدداً بدقة نوع النـــشاط التجـــاري أو الصناعي الذي تقوم به الشركة،إذ لا يكفي في هذا المجال تحديـــد مـــضمونة بكونـــه ممارســـة التجارة، وذلك لأن إلتقاء الإرادتين يتحدد بتعيين الموضوع تعيناً كافياً ويعتبر أنه تم على وجـــه صحيح وقانوني ([2]).

الفرع الرابع: سبب الشركة:

إن المقصود بسبب الشركة هو الغرض المباشر من تكوين الشركة وإنشاؤها وذلك حـــسبما اتجهت إليه ارادة الشركاء؛ فهو الجوهر الرئيسي للمفاوضات التي تجري لغايات العقد([3]). ويميز الفقه بين محل الشركة وسببها فإذا كان الموضوع هو الدخول في النشاط الاقتصادي وممارسته بواسطة تداول البضائع والأموال، فإن السبب هو غاية الحصول علـــى الأربـــاح الاقتـــصادية واستثمار الأموال عن طريق تحقيق الموضوع،فما دام الغرض مباح فالسبب مباح أما إن كـــان الموضوع غير مباح فالسبب غير مباح([4]).

ويختلف سبب الشركة وغرضها عن سبب التزام كل شريك فيها، فإنه وإن كان سبب التزام كل شريك هو قصد الدخول في الشركة لتحقيق الأرباح، فتجب مشروعيته وعدم مخالفته للنظام العام والآداب([5]). وتتنوع الأغراض الرئيسية للشركة بين أغراض متجانسة أو رئيسية واحـــدة

([1])سامي د.فوزي محمد، مرجع سابق، صفحة 13

(2)ناصيف د الياس، ، مرجع سابق، صفحة 88

([3]) الكيلاني الدكتور محمود، مرجع سابق، صفحة 188

(4) ناصيف د.الياس ناصيف، مرجع سابق، صفحة 91

(5) ناصيف د.الياس، مرجع سابق، صفحة 91

وبين أغراض مكملة مساعدة، فيشترط القانون وجود تجانس وارتباط بين أغراض الشركة لتسهيل الحصول على الموافقة عند تأسيس الشركة وحفاظاً على الاقتصاد الوطني ومنعاً لتضارب الأعمال بقصد تسهيل عملية المراقبة الحكومية للدولة على النشاط الاقتصادي الذي تمارسه الشركات ([1]).

ويظهر في الواقع العملي عدد من الأسباب التي تبرر جواز تعدد أغراض الشركة وأنشطتها وعدم اقتصارها على المادة المخصصة لها في نظام الشركة، وتتمثل هذه الأسباب من جهة الفترة الزمنية اللازمة لتحقيق أرباح الشركة،لأن وجود أسباب أخرى يوجد نوع من النشاط لدى المكتتب للدخول في عقد الشركة وقد غدت هذه الأسباب قانونية عملية توجب على الدولة منع نشاط تجاري لمدة زمنية تنتج عنه ضرر يلحق بالشركاء وبالغير؛ أي أنه يلحق ضرر لكل من تعامل مع الشركة ([2]). ولمواجهة مثل هذه الظروف فقد عمد القضاء إلى منح العديد من التساهل في تحديد الغرض الرئيسي من الشركة أو التوسع في تفسير البند المتعلق بموضوع الشركة،بل اعترف القضاء المقارن بالشركة التجارية الفعلية والتي كان موضوعها في الأساس مدنياً ([3]).

المطلب الثاني

الأركان الموضوعية الخاصة بعقد الشركة

يلزم لابرام عقد الشركة في النظام القانوني الأردني والقوانين المقارنة وجود الأركان العامة الموضوعية للعقد،وهي كما سبق ذكرها الأهلية والرضا والمحل والسبب. ويشترط القانون لابرام عقد الشركة – بالإضافة لما سبق – توفر الأركان الموضوعية الخاصة بعقد الشركة والتي يظهر من خلالها عقد الشركة ويبرز إلى خير الوجود،جنباً إلى جنب يلزم توافرها جنباً إلى جنب مع الشروط الموضوعية العامة للعقد الشركة.

لقد خص المشرع القانوني عقد الشركة بالعديد من الخصائص التي تميزه عن غيره من العقود وتتمثل هذه الخصائص بالأركان التي لا تقوم الشركة إلا باجتماعها،وتتمثل الأركان

(1) القليوبي د سميحة، مرجع سابق، صفحة 20-22

(2)القليوبي د سميحة، مرجع سابق، صفحة 21

(3)ناصيف الياس ، مرجع سابق، صفحة 88

الموضوعية الخاصة بعقد الشركة بضرورة تعدد الشركاء والمساهمة في رأسمال الشركة بتقديم الحصص ونية المشاركة وتقاسم الأرباح والخسائر الناتجة عن عقد الشركة.

وعليه فإن عقد الشركة يقوم أساسا على فكرة التعاون الايجابي بين مجموعة من الأشخاص اتحدوا مع بعضهم البعض لتكوين الشركة على العقد. أن توافر الأركان الموضوعية الخاصة بعقد الشركة يجب أن يتم بصورة مجتمعة؛ فلا يكون عقد الشركة صحيحاً ومنتجاً لإثارة إلا بتوافر الشروط القانونية العامة والخاصة والأركان الشكلية والتي تتضمن عنها فيما بعد والأركان العقد باطلاً.

وعلى ذلك سنبحث الأركان الموضوعية الخاصة بعقد الشركة بالتتابع، بداية تعدد الشركاء وتقديم الحصص ونية المشاركة والمساهمة في الأرباح والخسائر الناجمة عن عقد الشركة.

الفرع الأول: تعدد الشركاء

تضمن تعريف القانون المدني الأردني لعقد الشركة بأنه عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر....) شرطاً لانعقاد عقد الشركة وهو وجود شخصين أو أكثر، ويأتي هذا الركن من أن العقد يفترض بوجوده شخصين أو أكثر بمجرد أن يتطابق القبول مع الإيجاب أي بتوافر الإرادتين المتطابقتين، وان وجود هذا الشرط يتضمن التأكيد على عدم جواز شركة الشخص الواحد – كأصل عام-.

وقد ظهر هذا الشرط جليا في نصوص قانون الشركات؛ففي شركة التضامن يجب أن لا يقل عدد الشركاء عن اثنين استناداً لنص المادة (9): تتألف شركة التضامن من عدد من الأشخاص الطبيعيين لا يقل عددهم عن اثنين ولا يزيد عن عشرين إلا إذا طرأت الزيادة على ذلك نتيجة الإرث. أما في شركة التوصية بالأسهم فيجب أن لا يقل عدد الشركاء الموصين عن ثلاثة وعدد الشركاء المتضامنين عن اثنين حيث جاءت المادة (77) تتألف شركة التوصية بالأسهم من فئتين من الشركاء هما:-

أ- الشركاء المتضامنون لا يقل عددهم عن اثنين يسألون في أموالهم الخاصة عن ديون الشركة والالتزامات المترتبة عليها.

ب-الشركاء المساهمون لا يقل عددهم عن ثلاثة ويسأل كل شريك منهم بمقدار مساهمته عن ديون الشركة والتزاماتها. وهذا الحال موجود في الشركة ذات المسؤولية المحدودة التي

يجب أن لا يقل عدد الشركاء فيها عن اثنين([1]) وعليه فإن هذا الركن شرط لقيام عند الشركة وانعقاده في القانون التجاري.

وتظهر أهمية هذا الشرط في إرادة المشرع أن يفتح الباب أمام أكبر من الشركاء للانضمام إلى الشركة. ويتماشى هذا الهدف مع ما تتطلبه الشركة من تجميع لجهود الإفراد وأموالهم بقصد الوصول إلى الغرض الأساسي من تكوين الشركة، ويوفر اشتراط وجود شخصين أو أكثر الثقة بين الشركاء ويزيد من الضمانة المالية لرأسمال الشركة، كما أنه يساعد على توفير الثقة المالية بالنسبة للغير متى أراد الدخول في عقد الشركة عن طريق الاكتتاب مثلا([2]).

ويشمل مفهوم الشركاء الأشخاص الطبيعيين والأشخاص المعنويين،فيجوز للشخص المعنوي أن يكون طرفاً في تأسيس الشركة كما هو حال الشخص الطبيعي،فعلى سبيل المثال قد تشترك شركة تضامن في تأسيس شركة مساهمة عامة أو أن تدخل شركة ذات مسؤولية محدودة شريكاً في شركة مساهمة عامه([3]).

ويجوز للشخص المعنوي أن يكون شريكًا في شركة مع أشخاص طبيعيين أو أشخاص معنويين ومثال ذلك أن تدخل مجموعة من الشركات تعمل على تحضير وإنتاج المواد الخام شريكاً في شركة قائمة على إنتاج مواد أساسها تلك المواد الخام،وقد أورد المشرع الأردني في قانون الشركات استثناء على جواز دخول الشخص المعنوي شريكاً في شركة التضامن حيث نصت المادة (9) من قانون الشركات الأردني على : تتألف شركة التضامن من عدد من الأشخاص الطبيعيين لا يقل عددهم عن اثنين ولا يزيد عن عشرين إلا إذا طرأت الزيادة على ذلك نتيجة الإرث فمنع هذا النص الشخص المعنوي من أن يكون شريكاً في شركة تضامن كما لم تسمح أن يزيد عدد الشركاء عن عشرين إلا عن طريق الإرث.

([1]) العريفي والفقي، د. محمد العريفي ، ود. محمد الفقي، مرجع سابق، صفحة 29

([2]) د. محمد العريفي، ود. محمد الفقهي، مرجع سابق صفحة 31

(3) يونس علي حسن، الشركات التجارية، دار الفكر. دار المحامي للطباعة. لا يوجد سنة نشر لا يوجد طبعة صفحة 36

ومنعت نصوص المواد (48–49) من قانون الشركات الشخص المعنوي من أن يكون شريكاً متضامناً في شركة التوصية البسيطة وشركة التوصية بالأسهم. وتعتبـر الـشركات الأخرى معفاة من هذا المنع. ولقد خرج المشرع الأردني في نص المادة (53) من قـانون الشركات الأردني باستثناء على شرط تعدد الشركاء في عقد الشركة وهو جـواز تـسجيل شركة ذات مسؤولية محدودة تتألف من شخص واحد فقد نصت على أنه يجوز للوزير بناء على تنسيب مبرر من المراقب الموافقة على تسجيل شركة ذات مسؤولية محدودة تتألف من شخص واحد، وقد أخذ هذا النظام من التشريعات الغربية مثل التشريع الألماني والفرنـسي وبعض التشريعات العربية مثل التشريع العراقي.([1])

تتعارض فكرة شركة الرجل الواحد مع مبدأ وحدة الذمة المالية الذي يقضي بأن جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه، إلا أن ذلك يحدث بواسطة مؤسسات الدولة التي تقـوم بإنشاء شركات تابعة لها لغايات تجارية أو صناعية([2]). وبمقتضى هذه القوانين التي أجازت شركة الرجل الواحد – فأنه على الشخص أن يفصل بين ذمته المالية وذمة الشركة الماليـة بحيث أن التنفيذ على أموال الشركة في حالة تحصيل ديونها لا يتعداه إلى العناصر الأخرى المكونة لذمة الشخص المالية([3]).

ويحقق هذا الاستثناء العديد من الفوائد منها: أنه يمنع حل الشركة إذا ما آلت إلى شخص واحد أو أن تخضع للتصفية. وتضمن حق إدارة منفرد لهذا الشخص وتعيين مدير وموظفين له حسب الحال الذي يناسبه ويحقق هذا النظام مزايا لصاحب الشركة من جهة وللغير مـن جهة أخرى؛فمن جهة الشخص فإنه يساعد على الحفاظ على ذمتـه الماليـة ومنعهـا مـن الاختلاط مع غيرها في بداية ممارسة العمل التجاري وبهذا فهو يتجنب المسؤولية إلا بقـدر معين من الذمة المالية؛حفاظا على استقلال الذمة المالية لهذا الشخص. ويكون المتعاملين مع

([1]) الكيلاني د. محمود ، ، مرجع سابق، صفحة 191.

([2]) الكيلاني د. محمود ، مرجع سابق، صفحة 191.

([3]) الكيلاني د. محمود ، مرجع سابق، صفحة 191.

الشركة على اطلاع كامل على طبيعة هذه الشركة، ورصد الحدود المالية لعقد الشركة وتخصيص رأس المال المناسب الذي خصص لإنشاء المشروع التجاري([1]).

الفرع الثاني: تقديم الحصة (المساهمة في رأس المال)

يعتبر عقد الشركة من عقود المفاوضات بحيث يلتزم كل شريك بمجموعة من الالتزامات كأن يساهم كل شريك بنصيب معين من مالك أو عمل يطلق عليه الحصة، ويستشف ذلك تعريف عقد الشركة بأنه: عقد يلتزم بمقتضاه شخصين أو أكثر فإن يساهم كل منهما في مشروع مالي بتقديم حصته من مال أو عمل.... ويعتبر تقديم الحصة أحد العناصر الجوهرية اللازمة لقيام الشركة، فهي المظهر الرئيسي الذي يعبر الشركاء من خلاله عن إرادتهم في تأسيس الشركة فلا توجد شركة من غير حصة يقدمها الشركاء.

ولم يشترط المشرع أن تكون الحصص متساوية القيمة بل اشترط أن تكون قابلة للتقويم بالنقود فإن لم تذكر قيمتها بالعقد المثبت متساوية القيمة([2]) وتتعدد أنواع الحصص وإشكالها فقد تكون الحصة نقدية أو عينية أو مجرد عمل وسميت ذلك كما يلي:

أولاً: الحصة النقدية

تعتبر الحصة النقدية الوضع الشائع الغالب في تقديم الحصص عند تأسيس الشركة والحصة النقدية هي تلك التي تتمثل في المبلغ المالي الذي يلتزم الشريك بتقديمه حسبما اتفق عليه في عقد الشركة وذلك في مقابل أن يتلقي الشريك حقوقاً من الشركة، فالحصة المالية هي احد الالتزامات التي يجب على الشريك أن يتقدم بها في عقد الشركة ويجب على الشريك أن يقدم الحصة المالية المتمثلة بمبلغ من المال في الموعد المحدد، سواء أتعهد الشريك بدفع كامل المبلغ أو على أقساط محددة([3])

ويلتزم الشريك أن يقدم الحصة النقدية في موعدها المحدد في عقد الشركة وبالطريقة التي حددها العقد ومراعاة الفترة الزمنية التي حُددت لتقديم هذه الحصة منعاً للتأثير على

([1]) الكيلاني د. محمود، مرجع سابق صفحة 191.

([2]) العريفي والفقي د. محمد العريفي ود. محمد الفقي، مرجع سابق صفحة 32.

([3])) العريفي د. محمد العويني ود. محمد الفقي، مرجع سابق صفحة 33.

سير المشروع (الشركة) بشكله الطبيعي. حيث تخضع علاقة الشركة بالشريك للمديونية باعتبارها دائنة له بقيمة حصته فله التنفيذ على حصة الشركة النقدية واقتضاء الحصة جبراً.

وتعتبر علاقة الشريك بالشركة في مجال دفع حصته النقدية التزام تجاري يخضع لأحكام القانون التجاري فيجبر على الوفاء بالتزام بدفع المبلغ النقدي أو الحصة النقدية بالإضافة إلى أنه يجوز المطالبة بالفوائد الاتفاقية أو القانونية عن التأخير في دفع قيمة الحصة النقدية. ويحق للشركة المطالبة بالفوائد من تاريخ استحقاق مالم ينص القانون أو الاتفاق على خلاف ذلك. كما أن الضرر مفترض بمجرد التأخير عن دفع الحصة النقدية ولا يشترط أن يكون الضرر محقق للدائن لاستحقاق الفوائد التأخير به. ولا يصح أن يكون الدين في ذمة الغير أو حصة فيه رأسمال الشركة المادة (2/585) من القانون المدني الأردني.

ثانياً: الحصة العينية

تتمثل الصورة الثانية من صور الحصص بالحصة العينية وهي الحصة التي يلتزم من خلالها الشريك بتقديم عيناً من الأعيان بدلاً من النقود كحصة له في الشركة وتتنوع الحصة العينية وتتشكل فقد تكون عقاراً كقطعة أرض لبناء الشركة عليها مثلاً، أو منقول مادي كالآلات والبضائع، أو منقولاً معنوياً كبراءة اختراع أو علامة تجارية أو رسم أو نموذج صناعي أو محل تجاري.

أن الأصل في الحصة العينية أن تقدم على سبل التمليك ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك، أما إذا كانت الحصة المقدمة للشركة بغير قصد التمليك فإنها توضع تحت تصرف الشركة على أن تعمل على ردها بعد انتهاء الشركة أو انقضاؤها ويفترض التمليك أن تنتقل الحصة من ذمة الشريك إلى الذمة المالية للشركة، ويحق لها التصرف بها والتنفيذ عليها إذا تطلب القانون ذلك من نقل ملكية الحصة وضمانها إذا هلكت أو استحقت أو بظهور عيب فيها حسب المادة (586) مدني أردني إذا كان معنويا فتتبع الإجراءات القانونية في ذلك([1])

أما إذا كان تقديم الحصة على سبيل الحصة العينية على وجه الانتفاع والذي يعني التزام الشريك بوضع الحصة تحت تصرف الشركة بغرض استخدامها مع احتفاظه بملكيتها. فقد ميز الفقه والقانون بين إذا ما كان تقديم الحصة لتقرير حق عيني فإن إحكام عقد البيع هي

([1]) العكيلي د. عزيز العكيلي الوسيط في الشركات التجارية دار الثقافة للنشر والتوزيع 2010 م الطبعة الثانية صفحة 38

التي تسري في هذا المجال. أما إذا كان التقديم لتقرير حق شخصي فتسري أحكام عقد الإيجار لان تقديمها يشبه في هذه الحالة الإيجار، مثل تقديم متجر أو محل تجاري وتلزم الشركة جرد الحصة ذاتها إلى الشريك بعد انتهاء مدة الانتفاع أو تقديم عيناً من نوعها أو ما يعادل قيمتها ([1]) مع ضمان الشريك لفرض الصادر فيه بالإضافة إلى ضمان العيوب الشخصية التي تحول دون الانتفاع منها، ويشترط القانون في تقديم الحصة العينية العديد من الشروط منها أن يتقدم الشريك فعلياً بهذه الحصة وان فئة الشركاء الآخرين قد اتخذت منحى يعني قبول هذه الحصة كجزء من رأسمال الشركة، لأنها تصبح جزءاً من الذمة المالية للشركة.

ويلتزم الشريك بالإجراءات القانونية لنقل ملكية العقار حتى يثبت القول بوجود الشركة قانونياً تجاه الغير، وتتنوع هذه الإجراءات بين تسجيل الأراضي كعقار يتطلب التسجيل لدى الدائرة المختصة بذلك أو التأشير عليها لدى وزارة الصناعة والتجارة بصفتها المسئول عن تسجيل ونقل المحلات التجارية أو براءة الاختراع أو العلامة التجارية([2]). وتلتزم الشركة بالحفاظ على الحصة العينية المقدمة من الشريك إذا كانت على سبيل الانتفاع وان تعيدها إلى مالكها في الموعد القانوني أو الاتفاقي. ولا يحق للشركة ترتيب أي حق عيني للشركة عليها مثل التأجير([3]).

ويشترط القانون الأردني تقدير قيمة الحصة العينية أو تقديمها مع اختلاف إجراءات التقويم باختلاف شكل الشركة فقد تدخل المشرع في كيفية تقويم الحصص العينية بنصوص آمرة بالنسبة للشركة المساهمة والشركة ذات المسؤولية المحدودة لمنع الغش حماية لمصلحة الشركاء والغير، بحيث يتم ذلك ضمن إجراءات معينة يلتزم الشركاء في ضمان القيمة الحقيقيه للحصة العينية. وتهدف إجراءات التقييم هذه إلى ضمان خضوع الحصة العينية للشركة للرقابة من وزارة الصناعة والتجارة، لضمان تمديد القيمة الحقيقية للحصة العينية بالشكل الفعلي ودون إجحاف بحقوق الشركاء أو مصلحة الغير الذي يتعامل مع الشركة([4]).

([1]) العكيلي دعزيز، الوسيط في الشركات التجارية مرجع صفحة 39.

([2]) الكيلاني د محمود، مرجع سابق، صفحة 195.

([3])الكيلاني د محمود، مرجع سابق، صفحة 195.

([4]) العكيلي، د. عزيز، مرجع سابق، صفحة 195.

ثالثاً: حصة العمل

يقصد بحصة العمل أن تكون الحصة التي يقدمها الشريك للشركة عملا يقوم به الشركة لتحقيق نفع مادي يعود على الشركة بالنتيجة، ومثال ذلك أن يتقدم الشريك بالخبرة الفنية التي يملكها أو أن يقوم بإدارة مصنع الشركة أو تسويق منتجات الشركة فالهدف الاساسي أن تعود هذه الحصة بالفائدة على الشركة بأنها تقبل كحصة في الشركة وذلك لضمان الحصول على أرباح للشركة تدعيماً للثقة المالية لها([1]).

أجاز المشرع الأردني أن تكون حصة الشريك في الشركة عملاً إلى جانب الحصة النقدية أو العينية فتحصل على نصيب من الأرباح عن حصته لعمل هذه المادة (589) المدني الأردني أو تعيين حصة العمل من الالتزامات المستمرة التي تنفذ يوماً فيوم ويلتزم الشريك بالعديد من الالتزامات ويعتبر الفقه أصابته بمرض أو ماهية متخلفاً عن أداء التزامه مما يمتنع عليه التدخل في الأرباح والخسائر وتخرج من الشركة([2]).

تخضع حصة العمل للعديد من المبادئ والأحكام؛ فيجب أن تكون على درجة من الأهمية والجدية فلا تكون تافهة ولا يصح أن تقتصر على النفوذ أو الثقة المالية للشريك أما السمعة التجارية فيجوز أن تكون حصة عمل بالشركة إذا اقترنت بعمل جدي. وتخضع حصة العمل لاتفاق الشركاء عليها ولما كان رأسمال الشركة هو الضمان العام لها فلا يجوز أن تكون جميع الحصص حصة بالعمل وتقوم الحصة بالعمل بالنقود وإلا حسب المنفعة التي تجنيها الشركة منها وقد اورد المشرع المصري والكويتي نصا صريحا على ذلك بخلاف المشرع الاردني الذي لم يتضمنه بنص صريح. ويتعهد صاحب الحصة بالعمل بأن يقوم بواجباته حسب ما تعهد به تجاه الشركاء والغير كأن يمتنع عن المنافسة غير المشروعة للشركة وأن يكرس وقته وعمله للشركة حسب واقع الحال. فالمعيار الأساسي في قبول حصة العمل هو مدى جديتها في تسير أعمال الشركة والحفاظ على نشاطها الأساسي وفي كل حال فإنها لا تدخل في تركيب رأسمال الشركة([3]).

([1]) العكيلي د. عزيز، مرجع سابق صفحة 40.

([2]) معوض نادية محمد، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، لا يوجد طبعة صفحة 45.

([3]) نصر الله دمرتضى، الشركات التجارية، مطبعة الإرشاد، بغداد، 1969 لا يوجد طبعة صفحة 19–صفحة 20.

ومع أن المشرع الأردني أجاز أن تكون حصة العمل جزءاً من مكونات رأسمال الشركة إلا أنه لم يجعل هذا الأمر على إطلاقه فقد أورد العديد من الاستثناءات على ذلك فمنع الشريك الموصي في شركة التوصية أن يتقدم بحصته في الشركة كحصة عمل وذلك لأنه من الممولين الذين يريدون استثمار أموالهم في الشركة ولا يسأل إلا في مقدار حصته في الشركة فقد نص المادة (ب141/) من قانون الشركات على الشركاء الموصون ويشاركون في رأسمال الشركة دون أن يحق لهم إدارة الشركة.

أما بالنسبة إلى شركة المساهمة العامة فلا تجيزان تكون حصصها من العمل حسب المواد (95 – 97) من قانون الشركات الأردني كما يرد هذا الاستثناء على الشركة ذات المسؤولية المحدودة بحيث يتم دفع 50% من رأسمال عند التأسيس ويسدد الباقي خلال السنتين التاليتين لتسجيلها (المادة 59 –85) من قانون الشركات الأردني. وترجع الحكمة من عدم جواز قبول حصص العمل في شركات الأموال أنها لا تمثل الضمان للدائنين خلاف الحصة النقدية تسهيلاً في الإجراءات القانونية مثل الحجز على موجودات الشركة والتنفيذ عليها من قبل المحكمة مما به للغير الذي أصبح طرفاً في العلاقة مع الشركة([1]).

الفرع الثالث: نية المشاركة

يعتبر ركن نية الاشتراك أحد الأركان الجوهرية اللازمة لقيام عقد الشركة ويقصد به أن يتوفر لدى الشركاء عند الاشتراك في الشركة انعقاد إرادتهم على توحيد جهودهم والتعاون فيما بينهم تعاوناً إيجابياً لتحقيق غرض الشركة عن طريق الأشراف على إدارة المشروع وقبول المخاطر المشتركة([2]) وتتميز نية المشاركة بثلاثة أوصاف وهي: الرغبة في التعاون الايجابي بين الشركاء وأن يكون هذا التعاون على قدر المساواة بهدف تحقيق الغرض المشترك من الشركة([3]).

([1]) معوض د. نادية محمد، مرجع سابق صفحة 48.

([2]) نصر الله د. مرتضى، مرجع سابق صفحة 26.

([3]) معوض د. نادية محمد، مرجع سابق صفحة 61.

أن نية المشاركة ركن أساسي يجب توفره في عقد الشركة ولا يترتب على انتفاءه وجود الشركة الفعلية. وتختلف نية المشاركة باختلاف شكل الشركة ونوعها فتظهر على أشدها في شركات الأشخاص وتخف في الثانية. وتتمثل نية المشاركة في مراقبة أعمال الشركة وإبداء الرأي في مشاريعها بحضور اجتماعات مجالس إدارة الشركة أو هيئتها العامة أو هيئة المديرين فيها([1]) وتعتبر نية المشاركة من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع ولا يعقد عليه في ذلك من أقام رأيه على أسباب شائعة ومنطقية([2]).

وتتكون نية المشاركة من عناصر ثلاث؛ اولها أنها ليست اضطرارية وانما تخضع لرغبة الشركاء في إنشاء العقد، وهي تتضمن التعاون الايجابي بين الشركاء بتقديم الحصص وتنظيم ادارة الشركة، وهي تحمل معنى المساواة القانونية بين الشركاء فلا تبعية ولا خضوع ولا يعمل احد الشركاء لحساب الاخر([3]). وتهدف نية المشاركة إلى تحقيق التعاون الواعي بين الشركاء مع الحفاظ على حق الرقابة والأشراف المتبادل من خلال الاشتراك في الإدارة بقصد استغلال المشروع التجاري الاقتصادي لتحقيق الربح المقصود؛ ويبدو جلياً أن المقصود هو المراقبة والأشراف وليس المساواة بين الشركاء في تقديم الحصص أو قيمتها أو المساواة في أرباح الشركة وخسائرها أو المساهمة في إدارة الشركة على قدم المساواة، ولم يشترط المشرع هذا الركن بصراحة النص بل يمكن استخلاصه من تعريف عقد الشركة حيث أن استثمار المشروع واقتسام الربح والخسارة هي أحد صور المشاركة في عقد الشركة وهذا دليل على أهمية عقد الشركة.

ويرى الفقه أن نية المشاركة هي المعيار المميز لعقد الشركة عما يتشابه معه؛ ففي الشركة للشريك الحق في إدارة الشركة والتدخل في أعمالها بينما لا يظهر له هذا الحق في المحل التجاري الذي يكون لبائعه نصيب معين من الأرباح مدة من الزمن بدلاً من الثمن المحدد، ويختلف عقد الشركة عن القرض من خلال معاملة الشركاء في عقد الشركة على قدر المساواة في الإدارة والرقابة وتظهر التفرقة بين عقد العمل والشركة من خلال عنصر

([1]) العكيلي د. عزيز ، مرجع سابق، صفحة 43.

([2]) نقص مصري مدني 17 يناير 1963 مجموعة أحكام النقض س 4، صفحة 136.

([3])البستاني، د سعيد يوسف، قانون الأعمال والشركات، منشورات الحلبي الحقوقية 2004، لايوجد طبعة، ص 267.

التبعية([1]) فالعامل يظل تابعاً لرب العمل والحال ليست لذلك عند الشركاء، وتعتبر نية القصد في الشركة مميزاً لها عن الشيوع فالشركة نتشا بعقد فهى مقصودة بينما في الشيوع فهي مفروضة عليهم فكل شخص يدافع عن مصالحه الخاصة إذ يسخر الشيوع لفترة زمنية وقتية محددة وهو غير منظم وغير مدار، ولا يتأثر الشيوع بوفاة المالك على الشيوع([2]).

الفرع الرابع: اقتسام الأرباح والخسائر

تعتبر مساهمة الشريك في اقتسام الأرباح والخسائر احد الأركان الموضوعية الخاصة بعقد الشركة؛ ويقصد به أن يفيد الشريك من الأرباح التي تحققها الشركة أو تحمل جزء من الخسائر التي تلحق بالشركة. فسواء حققت الشركة أرباح أو منيت بخسارة فإن ذلك لا بد أن يعود على الشركاء جميعاً، لأن الغرم بالغنم. وبوجود هذا الشرط يتميز عقد الشركة عن غيره من العقود التي تتشابه معه.

ولا يقصد بهذا الركن أن يكون اقتسام الأرباح والخسائر بالتساوي فيما بين الشركاء لجواز أن يتفق الشركاء على خلاف ذلك، وتبقى الشركة قائمة حتى لو وجد اتفاق على توزيع الأرباح والخسائر بنسب مختلفة حتى لو اختلفت هذه النسب عن نسب حصص الشركاء في رأسمال الشركة، بل يجوز أن تكون نسبة الخسائر التي يمتلكها الشخص بنسبة أقل من مساهمته في رأسمال الشركة([3]).

ولقد تناول المشرع الأردني كيفية توزيع الأرباح والخسائر في المواد (587 –590) المدني الأردني والمواد (16 و57/ج) من قانون الشركات، فيتعين توزيع الأرباح والخسائر على الوجه المشروط في العقد، وإذا لم يتبين في عقد الشركة نصيب كل من الشركاء في الأرباح والخسائر فأنه يتعين توزيعها بنسبة حصة كل منهم في رأسمال المادة 587 من

([1]) البستاني، د سعيد يوسف، قانون الأعمال والشركات، منشورات الحلبي الحقوقية 2004، لايوجد طبعة، ص 267.

([2]) الكيلاني د. محمود مرجع سابق صفحة، 192 وصفحة 193.

([3]) الكيلاني د. محمود، مرجع سابق ، صفحة 197.

القانون المدني. وإذا كانت حصة الشريك عملاً فتحصل على الأرباح بقدر استفادة الشركة من هذا العمل.

ولم يجيز المشرع الأردني أن يتفق الشركاء في عقد الشركة على أن يكون لأي منهم قدر مقطوع من الربح فيبطل الشرط، ويتم توزيع الربح طبقاً لحصة كل منهم في رأسمال الشركة، ولقد أجازت المادة (16) من قانون الشركات أن تصدر شركة التضامن حقوق والتزامات الشركاء، وإلا فإنها توزع حسب حصة كل شريك ويجوز للشركاء الاتفاق على تغيير وتعديل حقوقهم أو الالتزامات المترتبة عليهم بشرط التسجيل والنشر في الجريدة الرسمية.

وفيما يتعلق بشرط الأسد والذي يعني حصر الربح لشخص واحد فقط أو إعفاءه من الخسارة التي قد تلحق بالشركة أو حرمان احدهم من أرباح الشركة([1])، فعلى الرغم من جواز توزيع نسب الأرباح بشكل متساوي أو غير متساوي حسب القانون وإذا لم يتناول الشركاء هذا التوزيع فإن القانون هو الذي يتكفل ببيان كيفية توزيع الأرباح والخسائر، وفي جميع الأحوال يشترط أن لا تكون نسبة الأرباح أو الخسائر ضئيلة بحيث تصل إلى درجة التفاهة.

وقد خرج المشرع على القواعد التي تحكم توزيع الأرباح والخسائر في شركة المساهمة الخاصة حيث أجاز قانون الشركات أن ينص النظام الأساسي للشركة المساهمة الخاصة بأن يكون لأي نوع أو فئة من أسهم الشركة أفضلية في توزيع الأرباح على غيرها من الفئات والأنواع، ويجوز أن تستمد مقداراً مقطوعاً أو نسبة معينة من الأرباح بالشروط والأوقات التي يحددها نظام الشركة الأساسي، حسب المادة (68/ج) مكرر المضافة بموجب التعديل الوارد في القانون المؤقت رقم 4 لسنة 2002 م.

([1])) د. عزيز العكيلي الوسيط في الشركات التجارية مرجع سابق صفحة 46.

المطلب الثالث

الأركان الشكلية لعقد الشركة

لم يعد عقد الشركة من العقود الرضائية والتي يستلزم المشرع لقيامها التراضي بين الشركاء وإنما يتطلب المشرع الأردني أركانا شكلية لايقوم العقد بدونها وتتمثل الأركان بكتابة عقد الشركة وتسجيل عقد الشركة عن طريق قيدها في سجل الشركات لدى مراقبة الشركات، وعليه يجب أن تتوافر بوجود عقد الشركة وسنبحث في هذه الأركان تباعاً.

الفرع الأول: الكتابة

اشترط القانون الأردني أن تكون عقود جميع الشركات مكتوبة، فيما عدا شركة المحاصة والتي يجوز إثباتها بين الشركاء بكافة طرق الإثبات فقد نصت المادة (584) من القانون المدني الأردني على وجوب أن يكون عقد الشركة مكتوباً.أما إذا لم يتم كتابة عقد الشركة فتعتبر قائمة تجاه الغير وصحيحة بين الشركاء إلا إذا طلب احدهم اعتباره غير صحيح فتصبح كذلك من تاريخ إقامة الدعوى.

وتظهر الحكمة من اشتراط كتابة عقد الشركة في أن عقد الشركة يتناول تفاصيل ومعلومات دقيقة وجوهرية كثيرة تحكم علاقة الشركاء فيما بينهم، وطبيعة العلاقة التي يدخل بها الغير مع الشركة. وبما أن عقد الشركة من العقود تستغرق وقتاً طويلاً بإبرامها وتنفيذها واستمرار عملها. فإن اشتراط الكتابة يتضمن تحديد حقوق الشركاء والغير والتزاماتهم تجاه الشركة بما يضمن الإطلاع على تفاصيل عقد الشركة بشكل كلي، مما يوفر حماية أموال أو سمعة الغير التجارية ومنعها من التعرض للخطر الذي يؤثر عليها سلباً.

كما أن اشتراط تسجيل عقد الشركة في مراقبة الشركات يستلزم أن يكون العقد مكتوباً([1]). وهذا دليل على اهتمام المشرع لتوفير نوع من الضمان تجاه الغير والشركاء، انطلاقاً من أن المعاملات التجارية تعتمد على السرعة والثقة والائتمان، ويحقق هذا بالنهاية الرقابة على الشركات بما لها من تأثير على الوضع الاقتصادي كونها تنشأ شخصاً معنوياً مستقلاً. ولقد اختلف العقد القانوني في تحديد مدى قانونية وحدود شرط الكتابة في عقد الشركة فالبعض اعتبر عدم مراعاة الكتابة في عقد الشركة باطلاً. أما المذهب الثاني فيرى

([1]) سامي د. فوزي محمد، مرجع سابق، صفحة 33

أن تخلف عقد الشركة لا يجعل العقد باطلاً كما هو حال القانون الأردني وتعتبر بعض القوانين صراحة أن شرط الكتابة في عقد الشركة للإثبات والنسب للانعقاد. أي انه لا يترتب البطلان إذا لم تراع الكتابة في عقد الشركة أما القانون الأردني فيعتبر أن شرط كتابة عقد الشركة يجعل العقد صحيحاً لازماً. ويشبه اثر عدم الكتابة أثار عيوب الرضا من حيث يجعل العقد صحيح غير لازم جائز التمسك ببطلانه([1]).

ويرى بعض الفقه أن عقد الشركة من العقود الشكلية ؛ لأن كتابة عقد الشركة بصورة رسمية تعتبر أن الكتابة ركن من أركان العقد فيترتب البطلان على عدم كتابة عقد الشركة وبهذا الشرط يرتقي بشرط الكتابة إلى جعله ركناً من أركان عقد الشركة، فالحقيقة أن الكتابة لم تقتصر على كونها وسيلة لإثبات وجود عقد الشركة في الواقع والقانون([2]).

وقد ميز المشرع الاردني بين الشركاء والغير بالنسبة إلى أثر شرط الكتابة في عقد الشركة.فبالنسبة للشركاء فإن الشركة تبقى قائمة بين الشركاء وترتب أثارها القانونية ولا يكون لبطلانها اثر بين الشركاء أنفسهم إلا من وقت أن يطلب الشريك الحكم بالبطلان عن طرق إقامة الدعوى.

أما بالنسبة إلى الغير فإن أثار العقد لا تحدث بمعنى جواز أن يثبت الغير وجود الشركة بطرق الإثبات كافة في مواجهة الشركاء ولا يستطيع الشركاء أن يحتجوا بوجود الشركة اتجاه الغير لأن من سعى من نقض ما تم من جهته مسبقة مردود عليه([3]).

الفرع الثاني: إشهار عقد الشركة

أوجب قانون الشركات تقديم طلب تسجيل الشركة لدى السير في إجراءات تسجيلها إلى دائرة مراقب الشركات لتنفيذ إجراءات التسجيل والإعلان عن الشركة، على أن يتضمن عقد الشركة البيانات التي يشترط القانون تواجدها في عقد التأسيس. ففي شركة التضامن يجب

([1]) سامي د. فوزي محمد، مرجع سابق صفحة 32.

([2])) العكيلي د. عزيز مرجع سابق صفحة 47.

([3]) السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني ونظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول, 1952، صفحة 492.

تقديم طلب التأسيس مع النسخة الأصلية من عقد الشركة موثق من الأطراف وذلك للحصول على الموافقة القانونية الرسمية لتسجيل عقد الشركة([1]).

ويعتبر الإشهار الركن الثاني من الأركان الشكلية لعقد الشركة، حيث أنه وبمجرد الموافقة على تأسيس عقد الشركة وتسجيلها تنشأ الشخصية الاعتبارية للشركة متمتعه بالجنسية الأردنية، ولا يجوز للشركاء أن يحتجوا بوجود هذه الشركة إلا من بعد إتمام هذه الإجراءات. وقد اظهر القضاء بأن الهدف الرئيسي من نشر إعلان تسجيل الشركة هو إعلام الكافة بتأسيس الشركة كي يتعاملوا على هذا الأساس ويفترض بالإعلان نشر كافة المعلومات عن المتعاملين مع الشركة بكل البيانات الواردة في الإعلان. ويساهم ذلك في إشهار وجود الشركة كشخص قانوني مستقل عن الشركاء([2])، بل وقد ذهبت بعض التشريعات إلى اعتبار إعلان نشر الشركة وإشهارها المعيار في اكتساب الشركة للشخصية المعنوية سواء فيما بين الشركاء أو في مواجهة الغير([3]).

وقد حدد قانون الشركات الأردني الإجراءات التي يجب على الشركاء إتباعها عند قيد كل شركة في سجل الشركات ونوع البيانات التي تعتبر لديه، بالإضافة غلى ضرورة تسجيل كل تعديل يمكن أن يطرأ على عقد الشركة ويؤثر على عقد الشركة، وقيد أثار تسجيل الشركة أو عدم تسجيلها لدى دائرة مراقبة الشركات.

([1]) المواد (11/أ)، و57،48 و(192ب) من قانون الشركات الأردني وتم 21 لسنة 199 وتعديلاته.

([2]) تمييز حقوق 1976/409، مجلة نقابة المحامين صفحة 487، سنة 1977.

([3]) ومن هذه التشريعات قانون الشركات الفرنسي لسنة 1966 في المادة الخامسة والقانون العراقي رقم 61 لسنة 1982 في المواد (22،5) والقانون المدني السوري في المادة (474).

الفصل الثاني

الطبيعة القانونية لنظرية الشركة الفعلية

يساهم إخضاع الشركات للتسجيل في وزارة الصناعة والتجارة في تحقيق اهداف ونتائج عديدة منها؛ إسباغ صفة التاجر على كل شخص طبيعي أو اعتباري – حسب المبادئ العامة في القانون التجاري – بمجرد تسجيله لدى مراقبة الشركات وإكسائه الصبغة التجارية، ويمنحه الحق في الاحتفاظ بالعنوان التجاري الذي تستعمله الشركة حفاظا على الشخصية المعنوية للتاجر والشركة، بالإضافة الى الاحتفاظ ببنود عقد الشركة وانظمتها الاساسية، وكل تعديل يلحق بالعقد التأسيسي للشركة، فلا يعتبر هذا التعديل نافذا في حق الغير الا من تاريخ نشره لدى مراقبة الشركات.

إن تطبيق القواعد العامة للبطلان على عقد الشركة والقول بإعادة الحال الى ما كانت عليه قبل العقد لا يستقيم عملياً وإن كان يمكن قبوله نظرياً، إذ هو لا يقيم وزناً للعقود التي ارتبطت بها الشركة مع الغير وأصبحت بمقتضاها دائنة ومدينة. إن الحكم ببطلان عقد الشركة تتعطل اثاره بالنسبة للماضي، فالبطلان هو حل للشركة قبل الحكم ببطلانها، أي ان القضاء اعترف بنظرية الشركة الفعلية او الواقعية حماية للوضع الظاهر الذي إطمأن إليه الغير رعاية لاستقرار المراكز القانونية ؛ وتظهر هنا أهمية دراسة نطاق نظرية الشركة الفعلية وآثارها والذي هو موضوع هذا الفصل.

المبحث الاول :نطاق نظرية الشركة الفعلية

المبحث الثاني : آثار نظرية الشركة الفعلية

المبحث الثالث : إنقضاء نظرية الشركة الفعلية

المبحث الأول

حدود نظرية الشركة الفعلية ونطاق تطبيقها

أخذ المشرع الأردني بنظرية الشركة الفعلية دون أن يحدد أركان وشـروط تطبيـق هـذه النظرية، فاعترف بالوجود الواقعي لا الوجود الشرعي لنظرية الشركة الفعلية، ولـم يتـضمن المشرع النصوص التي تحدد وجود الشركة الفعلية ونطاق تطبيقها، حيث جاء اعتراف المشرع بهذه النظرية كمبدأ عام دون الخوض في تفاصيلها وأحكامها واستثناءاتها، ولم يبيّن المشرع متى تتكون نظرية الشركة الفعلية بالشكل التفصيلي، بل ترك أمر ذلك إلى الاجتهاد القضائي الصادر بصورة قرارات المحاكم بشتى أنواعها ودرجاتها وصولاً إلى محكمة التمييز، وقد أظهر الفقـه والقضاء الحالات التي تظهر حدود تطبيق نظرية الشركة الفعلية.

لم يعترف القضاء بالوجود الواقعي لنظرية الشركة الفعلية في جميع الحالات،أي أنـه لـم يترك الأمر مطلق دون أي ضبط أو تقييد، فقد اعترف القضاء بوجود الشركة الفعلية في حالـة نشأ البطلان بسبب عيب من عيوب الرضا أو نقص أهلية أحد الشركاء، أو نقص العـدد إلـى شريك واحد أو بسبب عدم تسجيل الشركة لدى مراقب الشركات. أو بسبب عدم مراعاة الشروط الخاصة بعقد الشركة. ففي هذه الحالة تظهر نظرية الشركة الفعلية، مكتملة الأركان متى استوفت الشروط القانونية التي تطلبها المشرع والاجتهاد القضائي والفقهي في مجال القـانون التجـاري وبخاصة قانون الشركات.

أمّا إذا كان البطلان يتعلق بمخالفة قواعد النظام العام أو الآداب العامة،أو بسبب غياب أحد الشروط الخاصة بعقد الشركة؛ كانتفاء نية الاشتراك أساساً عند إبرام العقد بـين الـشركاء، أو بسبب احتواء عقد الشركة على شرط الأسد، أو بسبب عدم تقديم الحصة المعينة كـالتزام علـى الشريك حسب ما ينص عليه عقد الشركة، فيعتبر الحكم القضائي الصادر ببطلان هذه الـشركة من قبيل المواضيع التي تخرج عن نظرية الشركة الفعلية ولا يخضع لتطبيقها.

إذا وجدت نظرية الشركة الفعلية وتوافرت حالات تطبيقها وشروطها، فعلـى القـضاء أن يحكم بوجود الشركة الفعلية فعلياً واقعياً، ولا يمكن الاحتجاج بعدم وجودها حتى يثبت سوء نيـة الشركاء في الشركة، أمّا إذا لم تتوافر الحالات التي يمكن القول معها بوجود نظريـة الـشركة الفعلية وبوجوب تطبيقها على الدعوى المعروضة أمام القضاء، فلا يستطيع القاضـي تطبيـق نظرية الشركة الفعلية في هذا المجال، لعدم توافر العناصر الرئيسية المكونة للـشركة الفعليـة،

الأمر الذي يغدو معه أن القول بوجود الشركة الفعلية أمر غير قانوني وغير مقبول فقهاً ولا قضاءً.

وإذا صدر حكم قضائي عن محكمة مختصة يقضي بعدم وجود نظرية الشركة الفعلية، ففي هذه الحالة تعتبر الشركة كأن لم تكن ولا وجود واقعي لها سواء من حيث المستقبل أو من حيث الماضي، ولا يجوز الاعتراف بنظرية الشركة الفعلية في حالة كان نشاط الشركة يعتمد على تهريب المخدرات، ويتم الرجوع إلى المبدأ الأساسي في البطلان حيث يشتمل آثار العقد بالنسبة الماضي وبالنسبة للمستقبل دون استثناء التزاماً بأحكام المادة (168) من القانون المدني الأردني،حيث لا يترتب على العقد أي أثر قانوني بالنسبة للشركاء ولا ترد عليه الإجازة. ولا يمكن الاعتداد بوجود نظرية الشركة الفعلية في هذه المجالات.

المطلب الأول

الحالات التي يعترف معها بقيام الشركة الفعلية

لم يجعل القضاء جميع حالات البطلان أسباباً لنشوء نظرية الشركة الفعلية، بل اشترط وجود حالات معينة يمكن معها الاعتراف بوجود هذه النظرية،لأن الشركة الفعلية وجدت من أجل حماية الأوضاع الظاهرة تحقيقاً لاستقرار المراكز القانونية،احتراماً للغير الذي تعامل مع الشركة قبل الحكم ببطلانها على أساس أنها شركة صحيحة، ومن ثم لا يسوغ أن يفاجئ هذا الغير الذي اطمئن إلى الوضع الظاهر ببطلان الشركة لسبب لا يعلمه.

تقوم نظرية الشركة الفعلية على أساس أنّ عقد الشركة من العقود المستمرة التي وبمجرد صدور حكم البطلان يشمل مستقبل العقد فقط ولا يسري بالنسبة إلى الماضي لاستحالة إرجاع الحال إلى ما كانت عليه قبل التعاقد، فإذا مارست الشركة أحد نشاطاتها وظهرت للعيان ثم حكم ببطلانها فلا تطبق نظرية الشركة الفعلية إلاّ إذا كان سبب البطلان هو عدم مراعاة الشروط الشكلية الخاصة بعقد الشركة.أو بسبب نقص أهلية أحد الشركاء أو عيوب الرضا أو بسبب مخالفة الشروط الخاصة لعقد الشركة. وتتمثل الحالات التي يعترف معها المشرع بوجود نظرية الشركة الفعلية بما يلي:

الفرع الأول: البطلان لعدم مراعاة الشروط الشكلية:

اشترطت المادة (1/584) من القانون المدني الأردني أن يقوم الشركاء بإدراج عقد الشركة التأسيسي في مستند خطّي، حيث نصت على وجوب أن يكون عقد الشركة مكتوباً في جميع أنواع الشركات ماعدا شركة المحاصة التي لا تتمتع بالشخصية المعنوية المستقلة، ولا يتأثر بها الغير إذا لم تتم مراعاة شرط الكتابة، أمّا بالنسبة للشركاء فإن العقد يعتبر صحيحاً ما لم يطلب أحدهم إعلان بطلان عقد الشركة،حيث أن عقد الشركة غير المكتوب لا يعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً، فيجوز للغير إثبات وجود هذا العقد بكافة طرق الاثبات([1]).

لا تقتصر الاجراءات أو الشروط الشكلية على الكتابة،بل تمتد لتشمل الشهر أو النشر بقصد الإعلان عن الشركة، وعليه فإن عدم إيداع عقد تأسيس الشركة لدى مراقب عام الشركات عند التقدم بطلب التأسيس أو أن لا يتضمن العقد المذكور على البيانات التي نص عليها قانون الشركات يجعل المجال رحباً لظهور نظرية الشركة الفعلية.

ومتى ما وجدت الشركة الفعلية يحق للشركاء اللجوء إلى كافة طرق الإثبات لإثبات الوجود الواقعي لها من أجل تصفيتها فيما بينهم، وقد حكم القضاء اللبناني بأن بطلان الشركة بداعي اغفال معاملات النشر والتسجيل لا يؤدي إلى إبطال العقود المنظمة قبل صدور حكم بالبطلان، وأن الشركة المؤسسة على هذا النحو هي شركة واقعية لحين الحكم بالبطلان، بحيث تكون عقود المقاولة التي أبرمتها الشركة ملزمة للمتعاقدين شخصياً لأنه لا شخصية معنوية لها، ويستند هذا الإلتزام على مبدأ الإثراء بلا سبب فعند الحكم ببطلان عقد الشركة تعود حقوق وواجبات العقود إلى المتعاقدين شخصياً، فلا توجد اهلية للشركة نتيجة فقدانها لشخصيتها المعنوية عند صدور حكم البطلان([2]).

كما أنه إذا كان البطلان مؤسساً على عدم كتابة أو عدم شهر عقد الشركة، فلا يترتب على البطلان اعتبار الشركة كأن لم تكن، وإنما تعتبر موجودة فعلاً خلال فترة تكوينها والحكم

([1]) د.سامي فوزي،مرجع سابق،صفحة 31.

(2) استئناف بيروت،قرار رقم،78 ت، 14/2/1950،جاث،ج 6،صفحة 51

استئناف بيروت،قرار رقم،672 ت،17/6/1955،ن.ق،1955،صفحة رقم 74

نقلاً عن الياس ناصيف

ببطلانها. حيث أخذت العديد من التشريعات التجارية المقارنة بما فيها الأردني بهـذا الـرأي، مستندة إلى القرارات القضائية التي تصدر عن المحاكم الأردنية في هذا الخصوص.

ويستند القضاء في وجوب اعمال نظرية الشركة الفعلية على مبدأ حماية الغير حسن النيـة في التعامل مع الشركة، فلا يحق للشركاء الذين قصروا في تسجيل عقد الشركة ونـشره ولـم يخضعوا هذه الشركة لمعاملات النشر المبينة في قانون الشركات الأردني، أن يحتجوا ببطلانها لمخالفة ذلك للقاعدة الفقهية التي تنص على ان من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه، ولا يجوز أن تستند إلى البطلان للتهرب من واجباتها، وبما أن الـشركة تحمـل صـفة الشخصية المعنوية للقول في بحقها في التقاضي باسمها، فمن بأن أولى أن يتم حماية الغير حسن النية،وعلى ذلك فإن صدور حكم بالبطلان يفقد الشركة شخصيتها المعنويـة ويحـق للغيـر أن يطالب المتعاقدين شخصياً بحقوقه ([1]).

الفرع الثاني:البطلان بسبب نقص الأهلية أو عيوب الرضا:

يتطلب العقد لقيامه،وجود أركان عامة نص عليها المشرع في القانون المـدني الاردنـي، وتتمثل هذه الشروط بالأهلية، والرضا والمحل والسبب، حيث تعتبر هذه الأركان دعائم أساسـية لقيام فكرة العقد أصلاً، كما أن العقود لا تنشأ بين الأطراف ولا يترتب آثارها إذا لم تتوافر هذه الأركان مجتمعة، فلا يمكن القول بوجود عقد بين شخصين أحدهما بلغ الثامنة عشرة من عمره متمتعاً بقواه الفعلية، والآخر لم يبلغ الخامسة من عمره. ولا يمكن القول بوجود عقد أساسـاً لا يحتوي على محل معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة ولا يمكن أن يقوم العقد دون سـبب مبـاح مشروع له، ويبقى العقد موقوفاً إذا خضع صاحبه للإكراه كأحد عيوب الرضا. ففي هذه الوقائع لا يمكن قيام العقد إلاّ وفق الشرائط التي حددها القانون.

ويبرز المجال الآخر لنظرية الشركة الفعلية في حال كان البطلان مؤسساً على نقص أهلية أحد الشركاء مثل أن أحد الشركاء لم يبلغ الثامنة عشرة من عمره، أو شاب تكوين العقـد أحـد عيوب الرضا كأن يتم إبرام العقد تحت تأثير الإكراه او التغرير مع العيب الفاحش أو الغلط، فان هذا البطلان يؤدي إلى انهيار العقد بأكمله في مجال شركة الأشخاص،ولا يسري ذلك على عقد الشركة بالنسبة إلى الشخص ناقص الأهلية أو الذي شاب عقده عيباً من عيـوب الرضـا، أمّـا

([1]) د.ناصيف الياس،مرجع سابق،صفحة 208.

بالنسبة إلى باقي الشركاء فتعتبر الشركة في فترة تكوينها حتى فترة الحكم ببطلانها قائمة فعــلاً، ويتم تصفية حقوق وواجبات الشركة على هذا الأساس([1]).

أجمع الفقه والقضاء على أنه إذا وجد نقص في أهلية أحد الشركاء، أو شاب عقده عيباً من عيوب الرضا في شركات الأشخاص يترتب عليه رد حصة الشخص الناقص الأهلية أو الــذي شاب عقده عيباً من عيوب الرضا وتنشأ شركة فعلية بين باقي الــشركاء بــشرط أن تمــارس الشركة عملاً لها، وأن تقوم بعمل يعبّر عن نشاطها التجاري، ويتطلب ذلك اخــضاع الــشريك لآثار البطلان الماضي والمستقبل دون يتحمل أي من الواجبات التي ترتبت للغيــر فــي ذمــة الشركة ([2]). أمّا إذا لجأ الشريك ناقص الأهلية إلى وسائل احتياليه تجاه الشركاء لإخفاء نقــص أهليته، فإن صدور حكم ببطلان الشركة نتيجة هذا الخداع لا يمنع من قيام فكرة الشركة الفعلية دون أن يحق للشريك أن يسترد حصته في الشركة؛حمايةً للدائنين الذين لا علاقة لهم بالوســائل الاحتيالية التي استخدمت عند إبرام عقد الشركة فمن سعى في نقض ما تم مــن جهتــه فــسعيه مردود عليه([3]).

وينشأ بطلان الشركة إذا تخلف أحد الأركان الموضوعية العامة والخاصة كالــشركة التــي يشوب العقد الذي انشاءها نقص في أهلية أحد الشركاء، أو عيب في رضاء أحد الشركاء تكــون الشركة باطلة، ويكون هذا البطلان نسبياً في حالة أن يكون البطلان ناشئاً عن نقص في أهليــة أحد الشركاء أو خضوعه لعيوب الرضا بمعنى أن الإجازة ترد عليه، كما يسقط الحق بــالطعن بأحد هذه الأسباب بمرور الزمن([4]).

إن الحكم القانوني في هذا النوع من البطلان يظهر أن فكرة الشركة الفعليــة نــشأت بــين الشركاء الأطراف في الشركة. فعندما يقوم هذا النوع من البطلان فإن الشريك ناقص الأهلية أو الذي شاب عقده عيوب الرضا يسترد حصته بدون أي خسارة، ولا يجوز له أن يطالب بالأرباح التي أنتجها عقد الشركة وبذلك يظهر البطلان النسبي الناشىء عن نقص الأهليــة، ولا يخــضع بقية الأركان لهذا الحكم لعدم جواز استردادهم لحصصهم إلاّ بتصفية الشركة وتحديد نصيب كل

([1]) العريفي والفقي، د.محمد فريد، د.محمد السيد، الشركات التجارية، مرجع سابق صفحة 57.

(2) ناصيف إلياس، مرجع سابق، صفحة 209.

[3] القانون المدني الاردني رقم 43 لسنة 1976، المادة رقم (2/134)

(4) الكيلاني د.محمود، مرجع سابق،صفحة 202

شخص من الأرباح والخسائر،أي بعد أن تم تسديد حقوق الشركة والتزاماتها القانونية المترتبة تجاه الغير ([1]).

ويتميز البطلان النسبي عن البطلان المطلق بأنه مقرر لحماية مصلحة فردية تتمثل بمصلحة الشريك ناقص الأهلية ويقتصر طلب البطلان على هذا الشريك، فلا يجوز للغير التمسك به، لأن العقد يعتبر صحيحاً بالنسبة لهم ويزول حق الشريك بالاجازة الصريحة أو الضمنية، كما أن التمسك بطلب ببطلان العقد يشمل الشريك ناقص الأهلية وحده ([2]).

الفرع الثالث: البطلان بسبب مخالفة بعض الشروط والأحكام الخاصة بعقد الشركة:

تشترط قوانين الشركات اتباع اجراءات معينة عند تأسيس بعض أنواع من الشركات، وقد أوجد القانون أحكاماً خاصة بعدد الشركاء أو بمقدار رأسمال الشركة عند تأسيسها أو طرح أسهمها للتداول عن طريق الاكتتاب،ويأتي تدخل المشرع لتقدير الحصة العينية بشكل معين حفاظاً على أموال الشركاء والغير، وفي مدى امكانية منح مقدمي الحصص العينية حق التصويت في اجتماع مجلس إدارة الشركة أو هيئة المديرين، وما هو الاجراء القانوني المناسب لتعيين المفوض بإدارة الشركة والتوقيع عنها،ففي حالة انتفاء هذه الاجراءات فإن نظرية الشركة الفعلية تظهر وتطبق على الشركة، وتتحتفظ بشخصية معنوية مستقلة لها بالقدر الذي يتناسب مع تصفيتها وترتيب الحقوق والالتزامات الملقاة على عاتقها([3]).

إن صدور حكم قضائي ببطلان عقد الشركة في هذه الحالة يخضعها لنظرية الشركة الفعلية، وتعتبر الشركة كأنها قائمة بين الشركاء، بحيث يجوز لكل شخص – ذي مصلحة– أن يتمسك بالبطلان لانتفاء الاجراء الذي تطلبه القانون. ولا يحق لصاحب المصلحة أن يتقدم بطلب البطلان إلا بعد إنذار الشركة بضرورة تصحيح وضعها القانوني، ومن الأمثلة على هذا الركن أن يتم تأسيس شركة ذات مسؤولية محدودة عن طريق الاكتتاب أو أن يقل الحد الأدنى من عدد الشركاء عن الحد المسموح به قانوناً– في غير الحالات التي يجيز بها القانون ذلك– أو إذا لم

([1]) طه،د.مصطفى كمال،مرجع سابق،صفحة 263.

(2) يونس،د.علي حسن،مرجع سابق،صفحة 55.

([3]) قانون الشركات التجارية رقم (22) لسنة 1997 وتعديلاته، المادة (11) وما بعدها

يتم مراعاة الاجراءات المختصة بتقدير الحصص العينية الواردة في عقد الشركة، ويشترط في هذه الحالة أن تكون الشركة قد باشرت أحد أعمالها فعلاً ([1]).

وفي التشريع الأردني، نجد أن الشركة المساهمة العامة تخضع إلى اجراءات خاصة بها تماما كما هي المادة (ب/108) من قانون الشركات والتي تنص على أن تأسيس شركة مساهمة عامة على غير وجه قانوني ودون اتخاذ الاجراءات التي نص عليها المشرع، يتعين على مراقب الشركات أن يوجه انذاراً إلى هذه الشركة لضرورة تصحيح أوضاعها وفق القانون فإن لم تبادر الشركة إلى ذلك يتوجب على المراقب إحالتها إلى المحكمة. وبالنظر في هذا النص نجد أن المشرع الأردني راعى ضرورات ومصالح اقتصادية كبرى وأوجب حمايتها باخضاعها إلى نصوص واجراءات خاصة بالشركة المساهمة العامة؛ بحيث لا تمس الاقتصاد الوطني، فاتاح المشرع سبيل أمام الشركة لاجراء المقتضى القانوني اللازم، ولقد أعطى المشرع الفرصة للشركة لاجراء التصحيح المناسب، فإذا قامت الشركة بالتصحيح المناسب لم يعد هنالك مبرر لطلب بطلانها لاستقرار مركزها القانوني، أمّا إذا لم تبادر الشركة إلى اجراء التصحيح المناسب، فللمراقب أن يحيل هذه الشركة إلى المحكمة منعاً للتلاعب بأموال الغير والشركاء وحماية للمكتتبين بأسهمها نظراً لضخامة المشروعات التي تقوم بها هذه الشركات خاصة وأن هذه الاجراءات تكلف الكثير من الجهد والمال ([2]).

ويحق لكل ذي مصلحة أن يتقدم بطلب لبطلان الشركة إذا ما احيلت الشركة إلى المحكمة استناداً الى الأسباب التي تجيز طلب البطلان ومنها مخالفة القواعد الخاصة بالاكتتاب بأسهم الشركة من حيث مدة الاكتتاب وشروط صحته أو مخالفة الاجراءات الخاصة بدعوة الهيئة العامة للاجتماع،أو النصاب المطلوب لحضور اجتماع مجلس إدارة الشركة المساهمة العامة أو الأغلبية القانونية المطلوبة لصحة قرارت هذه الشركة.

وتثور مشكلة أخرى عند تطبيق هذه الحالة،وهي أن يتابع الشركاء أعمال الشركة المؤسسة طبقاً لأحكام القانون كالمعتاد بعد صدور قرار بحلّها، ويرى الباحث ولاتحاد العلة خضوع هذه الحالة لنظرية الشركة الفعلية حيث أن الأصل هو حماية الغير حسن النية، ومنعاً للتواطؤ بين الشركاء. وقد اعتبر القضاء الفرنسي هذه المشكلة خاضعة لراية الشركة الفعلية على عكس

([1]) ناصيف الياس،مرجع سابق،صفحة 210.

([2])العكيلي،د.عزيز ،مرجع سابق،صفحة 224

القانون والقضاء اللبناني الذي اعتبرها تجديداً ضمنياً لعقد الشركة، وينطبق على هذه الحالة فكرة استمرار الشركة بعد حلها وتصفيتها، فتكون هنالك شركة مكونة على خلاف الاجراء القانوني وتتكون الشركة الفعلية.

وقد قضت محكمة النقض السورية بأن مباشرة الشركة التضامنية أعمالها واستمرار الشركاء على أعمال الشركة بوصفها السابق يستتبع مساءلتهم على اعتبار أن وجود الشركة الفعلية يقوم على مباشرة نشاطها في الواقع مع تخلف أحد أركانها، وعليه فإن قيام كل فرد بالتوقيع والتعامل مع الشركة على غرار الاتفاق السابق إنما يفيد بتوافر أركان الشركة الفعلية في تصرفات الشركاء وأعمالهم، ويعود السبب في منح صفة الشركة الفعلية لهذه الحالة إن البطلان مقرر لمصلحة جميع ذوي الشأن الذين يملكون الاحتجاج به أو التمسك بقيام الشركة الفعلية بحيث لا يؤدي إلى زوال وجودها أساساً. فالمهم أن تمارس الشركة أعمالها السابقة على مقدار الحل وتتعامل مع المصارف والمتاجر والدوائر الحكومية.

الفرع الرابع: توسيع نطاق الشركة الفعلية:

يرتبط نطاق نظرية الشركة الفعلية أساساً بأسباب بطلان عقد الشركة، فالشركات الفعلية هي نتاج بطلان عقد الشركة، ولكن التطبيق العملي يظهر لنا شركات فعلية نتيجة أسباب أخرى غير البطلان. وهذا يجعل الحالات التي تدخل ضمن نطاق الشركة الفعلية غير محددة على سبيل الحصر بل إن القضاء قد طبق نظرية الشركة الفعلية على وقائع أخرى؛ بحيث يصدر الحكم النهائي في الدعوى بوجود شركة فعلية دون الحكم ببطلان الشركة معتمدا على معيار نية الأطراف وسلوكهم كأساس للحكم بوجود نظرية الشركة الفعلية.

ويزخر الواقع العملي بالعديد من الأمثلة الدالة على ذلك، فنجد مثلاً أن امتداد اجراءات تأسيس الشركة وعدم قيدها لدى مراقب عام الشركات باهمال من الشركاء مجالاً لتطبيق هذه النظرية، وقد اختلف القضاء الفرنسي في تحديد حالة الشركة قبل قيدها لدى مراقب الشركات وأثناء مرحلة التأسيس وأشار إلى وجود مركزين قانونيين لها.

ويتمثل المركز الأول بوجود شركة محاصة لأن نية الشركاء تثبت أنهم تنازلوا عن المزايا الممنوحة لهم من قيد الشركة وتمنعها بالشركة الفعلية فارادة الشركاء اتجهت إلى عدم قيد هذه الشركة.أمّا المركز الثاني فيتمثل بوجود شركة فعلية بين الشركاء الذين استمروا كشركاء حقيقين فيما بينهم دون قيدها لدى وزارة الصناعة والتجارة،فالشركاء قد يكونوا عدلوا عن نوع الشركة

المتفق عليها في الأصل ([1]).فمن الممكن القول بوجود الشركة التي تنشأ من الواقع إذا ما طالت اجراءات التأسيس ولا تتوقف نظرية الفعلية عند هذا الحد بل تتسع لتشمل حالات أخرى تتضمن توسيع نطاق تطبيق نظرية الشركة الفعلية فنجد هذه النظرية نفسها في نطاقين الأول يتعلق بتطبيقها على الشركات المستوفية للشروط القانونية مع اخلالها بأحد الأركان أو الشروط القانونية التي سبق ذكرها ويعود ذلك للعلاقة الوثيقة بين نظرية الشركة الفعلية والبطلان فيشمل مجالات أخرى تأخذ فيها الشركة صورة الشركة الفعلية، وهو ما يطلق عليه تعبير الشركة التي تنشأ من الواقع أي الشركة التي تنشأ بصورة فعلية ([2]).

ومن الأمثلة على المجال الأول تلك الشركات العادية المؤلفة داخل المملكة الأردنية الهاشمية مستوفية الشروط القانونية ما عدا شرط تسجيل والنشر أو احتوائها على شخص ناقص الأهلية فتبقى فعلية بالنسبة لباقي الشركاء،أو تلك الشركات التي يشوب عقدها أحد عيوب الرضا،أما المجال الآخر لنظرية الشركة الفعلية فيشمل تلك الأعمال التي قامت بين الشركاء دون تحديد الهدف الأساسي من عملهم أو دون ان نتيجة نية الأطراف لعقد الشركة ولكن ممارسة أعمالهم تجاه الغير وظهورهم كشركاء في شركة تخرجهم بصورة الشركة التي تنشأ من الواقع أي بصورة فعلية.

ولقد توسع القضاء الفرنسي في مجال تطبيق نظرية الشركة الفعلية، فأطلق عليها مسميات كثيرة كاعتبارها لوحة إنقاذ متعددة المزايا، بوصفها العلاج لكل دواء للخروج من أي مركز قانوني لم يتوقعه القانون، أو أنها كيس سفر يمكن أن يستوعب كل شيء ([3]).

ولقد اعتبر القضاء الفرنسي الشركات الروسية شركات فعلية بعد تأميم الشركات الرئيسية التي تتبع لها في روسيا، وذلك لتسهيل عملية تصفية الشركة وتوزيع حقوق الدائنين، وأصدر القضاء اللبناني حكماً يقضي بأن الشركة تكون واقعية إذا حكم ببطلانها بسبب عدم استعمال عنوان تجاري، خاصة وأن الشركة عقد يتبادل بمقتضاه يشترك شخصان أو عدة أشخاص في شيء بقصد أن يقتسموا ما ينشأ عن العقد من الربح. وتدور وقائع هذه القضية أن أحد الأشخاص كان يستثمر أحد المقاهي مع شريك آخر. ويتقاسمان الأرباح والخسائر الناشئة عن هذا

([1]) القضاة، د.مفلح، مرجع سابق، هامش الصفحة رقم 321.

(2) القضاة، د.مفلح، مرجع سابق، صفحة 116.

([3]) القضاة، د.مفلح، مرجع سابق، صفحة 148.

الاستثمار، ووضعوا عقداً إيجار مع المالك الأصلي باسمها. ومارسوا العمل أمام هـذا الحـال كشريكين، ولم يستخدموا عنوان تجاري معين لهذا الموقع.فقضت المحكمة بوجود الشركة الفعلية على الرغم من عدم استعمالهم لعنوان تجاري. ولم يحدد الشركاء مسؤولية كل منهم تجاه الآخر، فحكمت المحكمة بوجود شركة فعلية بين الأطراف وأن هذه الشركة هي شركة تضامن([1]).

ويرى الباحث ان الأساس القانوني في توسيع نطاق تطبيق الشركة الفعلية وعـدم تحديـد حالاتها على سبيل الحصر هو حماية الغير حسن النية منعاً لتهديد سلامة واسـتقرار المراكـز القانونية، ومنع استخدام القانون وسيلة للتضليل على الغير، فلا يجوز التـذرع بامتـداد فتـرة الإجراءات التأسيسية لعقد الشركة عذراً لعدم التسجيل، خاصة وأن نظرية الشركة الفعلية جاءت باجتهاد قضائي تجنباً للنتائج القانونية غير العادلة الناشئة من تطبيق القواعد العامة التي تحكـم بطلان العقود على عقد الشركة، بعد أن مارست الشركة عملاً معيناً ودخلت في علاقات قانونية مع الغير إذا لا يقتصر أثره في خلق الحقوق والالتزامات تجاه الشركاء، وإنما تجاه الشخـصية المعنوية المستقلة للشركة، فالمهم هو حماية الوجود الواقعي الفعلي للشخصية المعنوية المـستقلة للشركة في الماضي. لأنه من غير المقبول إنكار وجودها بعد أن اطمأن الغير إلـى وجودهـا وتعامل معها بوصفها كائن قانوني.

المطلب الثاني

حالات عدم الاعتراف بوجود الشركة الفعلية

لم يعترف القضاء بوجود نظرية الشركة الفعلية،بل حدد ضوابط معينة لها وأصدر العديـد من الأحكام التي تتضمن تحديد نطاق تطبيق نظرية الشركة الفعلية في حالات معينة. فإذا صدر الحكم ببطلان الشركة قبل ممارسة الشركة لأي عمل من أعمالها أو أنها لم تقـوم بـأي نـشاط تجاري يدخل ضمن عقد تأسيسها فلا ينشأ لهذه الشركة كيان من الواقع ولا تنشأ نظرية الشركة الفعلية، فلم يعترف القضاء – في بعض الحالات – بوجود الشركة لا في القانون ولا في الواقع، ويتم الرجوع إلى قواعد العامة في البطلان واعتبار الشركة في حكم العدم.

---

(1) قرار محكمة بداية لبنان الشمالي،رقم 106،تاريخ 12/5/1988،ن.ق،1988،صفحة 1294،نقلاً عن الياس ناصيف

ويتجلى الهدف من عدم شمول نظرية الشركة الفعلية لجميع حالات بطلان عقد الشركة، في أن بعض أسباب للبطلان لا يتبقى معها للاعتراف القانوني أو الواقعي بوجود هذه الشركة مصلحة قانونية، فمثلاً إن الاعتراف بوجود شركة تمارس عمليات بيع المخدرات قد يعني اجازة بيع المخدرات – كعمل غير مشروع– وفي ذلك مخالفة للنظام العام والآداب، وتوجد بعض الحالات التي لا ينهض معها عقد الشركة من الأساس لانتفاء أحد العناصر أو الأركان الخاصة بعقد الشركة،مثل نية الاشتراك أو تعدد الشركاء لأن العقد لا يكون قائماً أصلاً بين الشركاء لانتفاء أحد أركانه.

وتتنوع الحالات التي لا يمكن معها الأخذ بنظرية الشركة الفعلية، في ثلاث حالات وهي: متى ما كان البطلان قائماً على عدم توافر الأركان الموضوعية الخاصة بعقد الشركة. أو أن ينشأ البطلان بسبب مخالفة عقد الشركة للنظام العام والآداب العامة أو يخالف أحكام القانون، أو أن يصدر حكم قضائي قطعي يقضي ببطلان الشركة قبل ممارسة نشاطها، وهذا ما سنحاول بحثه في هذا المطلب على النحو التالي:

الفرع الأول: إذا كان البطلان مبنيّاً على عدم توافر الأركان الموضوعية الخاصة بعقد الشركة

لا تأخذ نظرية الشركة الفعلية وجودها القانوني إذا انعدم وجود أحد العناصر الموضوعية الخاصة بعقد الشركة أو إذا كان البطلان ناشئاً عن عدم توافر أحد هذه العناصر مثل عدم تقديم احد الشركاء لحصته النقدية أو العينية كمساهمة في رأسمال الشركة، أو أن تكون الشركة صورية، أو أن يحتوي عقد الشركة على ما يسمى بشرط الأسد بحيث يعفى احد الشركاء من الخسائر أو يستأثر بالربح بنسبة أكبر من غيره. أو إذا انتفت نية الاشتراك لدى الشركاء أو إذا لم يتحقق ركن تعدد الشركاء باستثناء الشركات التي يجيز القانون أن تؤسس من شخص واحد([1]).

ويعود السبب في عدم خضوع هذا النوع من البطلان لنظرية الشركة الفعلية أنّ هذه الأركان هي ما تميّز عقد الشركة عن غيره من العقود،حيث يترتب على انعدام احد العناصر السابقة عدم الاعتراف بوجود الشركة أصلاً، ويترتب على ذلك عدم قيام فكرة الشركة في الواقع أو في القانون، فالشركة لا يمكن أن تقوم إذا لم تتوافر فيها نية الاشتراك لدى أطرافها أو لدى

([1]) القليوبي،د.سميحةمرجع سابق، صفحة 66.

مؤسسيها ولا تظهر فكرة الشركة إذا لم يقدم أحد الأطراف الحصة النقدية المترتبة عليه تجاه الشركة([1]).

ويشترط القانون والقضاء والفقه توافر ثلاث شروط لقيام نظرية الشركة الفعلية، الأول: توافر العناصر الموضوعية الخاصة بعقد الشركة أي وجود شركة قانونية بالمعنى السليم، مثل نية الاشتراك أو تقديم الحصص أو المساهمة في الأرباح والخسائر. والثاني: قيام الشركة بممارسة نشاط تجاري ضمن غايتها التأسيسية أو عقد تأسيسها بحيث تظهر للوجود تجاه الغير، أمّا الثالث فيتمثل بصدور حكم قضائي يقضي ببطلان عقد الشركة نتيجة لوجود أحد عناصر نظرية الشركة الفعلية، ويجب أن تتوافر هذه الشروط متتابعة، فتظهر الأركان الموضوعية الخاصة بعقد الشركة، ثم تمارس الشركة أعمالها وأخيراً يصدر حكم قضائي يقضي بظهور نظرية الشركة الفعلية([2]).

إن عدم وجود أحد هذه العناصر يخرجنا من نظرية الشركة الفعلية؛ لأن الغير لا يستطيع القول أنّه تعامل مع عقد الشركة بحسن نية ولا يقبل منه هذا الدفع إذا ما أثاره أمام المحكمة، ونرجع في هذه الحالة إلى قواعد البطلان الأصلي بحيث أن صدور حكم يقضي ببطلان عقد الشركة لعدم توافر احد الأركان الموضوعية الخاصة بعقد الشركة يترتب عليه سريان أحكام البطلان وشمولها آثار عقد الشركة بالنسبة للماضي والمستقبل، ويتم الاستعانة بالأثر الرجعي للبطلان فتخضع له العقود المستمرة.

وقضت محكمة النقض المصرية بعدم وجود الشركة الفعلية إذا انتفى ركن نية المشاركة عند أطراف العقد، حيث قضت " إذا كان بطلان عقدا لشركة لعدم توفر ركن من أركانه الموضوعية الخاصة، المتمثل في مبادلة طرفية التعبير عن إرادتين متطابقتين فلا تتخلف عنه شركة فعلية، لانتفاء نية الاشتراك لدى عاقديه، وبما أن الحكم الصادر عن محكمة الدرجة الأولى قد التزم هذا المبدأ وقضى برفض ثبوت قيام الشركة الفعلية تأسيساً على أن بطلان شاب تكوين عقد الشركة يوم إبرامه لتعلقه بركن من أركان لا يقوم العقد بدونه، وهو انتفاء نية

([1]) البارودي،د. علي،مرجع سابق، صفحة 213،انظر أيضاً العريفي والفقي، ود. محمد السيد صفحة 56.

([2]) ناصيف د. إلياس، مرجع سابق، صحفة 215.

الاشتراك لدى متعاقديه، فقد حرر الطاعن العقد بصفته الشخصية وبصفته وصياً على القاصرين، وأن الانعدام يشمل تكوين الشركة فإن الحكم لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون([1]).

أن الأساس الذي اعتمد عليه الفقه والقضاء في عدم الحكم بوجود نظرية الشركة الفعلية في حال تخلف أحد الأركان الموضوعية الخاصة بعقد الشركة، والذي يُعنى بعدم وجود فكرة الشركة في الواقع أو القانون، لا ينبغي أن يشمل الشركات الوهميّة التي تتخذ من النصب والاحتيال طريقاً للحصول على أموال الغير كاستخدام وسائل الإعلام للدلالة على وجودها، فيجب أن يقضي بوجود الشركة الفعلية في هذا المجال، حماية للغير حسن النية لمساعدته في تحصيل حقوقه من الشركاء، وقد أشار المشرع الكويتي إلى ذلك في المادة (14) من قانون التجارة "تفترض صفة التاجر فيمن تثبت عليه بالإعلان عنها في الصحف أو في النشرات أو في غير ذلك من وسائل الإعلام، ويجوز نقض هذه القرينة بإثبات بأن من تثبت له هذه الصفة ليس تاجراً([2])".

ويرى بعض الفقه عدم جواز الطعن بالبطلان بسبب مخالفة إجراءات التأسيس لعقد الشركة ونظامها في السجل التجاري، فلا تظهر شركة فعلية بعد تسجيل عقد الشركة ونشره، وقد استند في ذلك إلى قرار محكمة النقض المصرية والذي تدور وقائعه على وجود عقد شراكه بين الطرفين على أساس الصورية وهو في الواقع عقد بيع، ابرم بموجبه هذين الطرفين العقد مخالفين قانون الصيدليات المصري فلم تجيز المحكمة في قرارها قبول دفع أحد الطرفين بوجوب شمول البطلان للمستقبل فقط، بل أصدرت حكمها متضمناً ترتيب أثار البطلان بالنسبة للماضي والمستقبل وإعادة الطرفين إلى الحال التي كانا عليها قبل التعاقد([3])".

ويرى بعض الفقه أن الغير يستطيع أن يستند إلى نظرية الشركة الفعلية في حال انتفاء عنصر من العناصر الموضوعية الخاصة بعقد الشركة ولا يستطيع ذلك، إذا كانت طبيعة التعامل مع الشركاء تظهر الغرض غير المشروع لهذه الشركة حسب الواقعة القانونية محل الدعوى؛ فالغير حسن النية لم يكن يعلم بعدم استكمال الشروط القانونية اللازمة لإتمام عقد الشركة الذي

([1]) طعن رقم 311، لسنة 1948، جلسة 30-3-1981، غير منشور، نقلاً عن علي البارودي.

([2]) ناصيف د. إلياس، موسوعة الشركات التجارية، مرجع سابق، صحفة 210.

([3]) القليوبي د. سميحة، الشركات التجارية، مرجع سابق، صفحة 67.

دخل في علاقات تجارية مع الشركاء على أساسه ويستند إلى سبب مشروع وقـانوني لا يمس بالنظام العام أو يخالف القانون([1]).

الفرع الثاني:- الحكم ببطلان عقد الشركة قبل ممارسة نشاطها

يستلزم خضوع عقد الشركة لنظرية الشركة الفعلية توافر ثلاث شروط – سبق شـرحها – ومنها أن تمارس الشركة نشاطاً لها ضمن الغايات الأساسية المسموح لها القيام بها قانوناً، كـأن تقوم بشراء الأراضي لبناء مشروع الشركة وأن تنشر إعلاناتها على وسائل الإعلام المختلفـة وأن ترهن وتؤجر وتبيع للغير، فلا يجوز القول بوجود نظرية الشركة الفعليـة إذا لـم تظهـر الشركة بنشاطها إلى حيز الوجود الواقعي الفعلي ضمن إجراءات ونشاطات محـددة بالقـانون والنظام الأساسي لعقد الشركة.

أن صدور حكم قضائي قطعي من المحكمة المختصة يقضي ببطلان عقـد الـشركة لأي سبب، كأن تباشر الشركة أي نشاط صناعي أو تجاري أو اقتصادي لها، يلغـي أهميّـة وجـود نظرية الشركة الفعلية، لانتفاء أحد الشروط الأساسية لها،وبما أن الهدف الأساسي لهذه النظريـة هو حماية الغير حسن النية، فإن لم تجد المحكمة أن هذه الغاية قد ظهرت في هذا الحالة فعليهـا أن تصدر حكماً يتضمن بطلان عقد الشركة، ويتم توزيع الحصص المكونة للـشركة وتوزيـع النفقات المستخدمة من هذه اللحظة بنسبة حصص الشركاء.

وتعد الشركة في هذه المرحلة السالفة الذكر كأنها معيبة بعيب في تكوينها يؤدي إلى إبطالها وعدم اعتبارها شركة فعلية، ويتم في هذه الحالة الرجوع إلى الحكم الأصلي بالبطلان، بحيـث يشمل الحكم الصادر بالبطلان جميع آثار العقد بالنسبة للماضي والمستقبل ويتم إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد، وتخضع عملية توزيع الحصص لنسبة كل مساهم مـن المساهمين حسب نسبة مساهمته في العقد أو حسب اتفاق الأطراف على توزيعها في بينهم بشرط أن لا يخالف ذلك القانون.

ويشترط في هذه الحالة صدور حكم قضائي قطعي يقضي ببطلان عقد الشركة يكـون قـد استنفذ كافة طرق الطعن العادية أو غير العادية أو أنّ يصدر قطعياً أساساً لا يقبل الطعن فيـه، بمعنى أن الحكم فصل في الدعوى بشكل نهائي وأصبح له حجيّة تجاه الخصوم والغيـر، فـلا

([1]) البارودي د. علي، القانون التجاري، مرجع سابق، صفحة 214.

تستطيع أي محكمة أخرى إعادة فتح القضية مرة أخرى النظر فيها من جديد حفاظاً على حجيّة الحكم القضائي أو قوه الأمر المقتضي به.

ويجب أن يصدر الحكم مشتملاً على كافة البنود التي اشترطها له قانون أصول المحاكمات المدنية وهي اشتماله على أسماء الخصوم ووكلائهم ونوع القضية ووقائع الدعوى وإجراءات المحاكمة أمام المحكمة والوقائع القانونية التي تستخلصها المحكمة من البينات المقدمة في الدعوى والنصوص القانونية التي تحكم القضية محل النزاع وتكييفها القانوني، والخروج أخيراً بفقرة حكمّية تتضمن صدور حكماً فاصلاً في الدعوى باسم حضرة صاحب الجلالة الهاشمية الملك المعظم. وإن اختلال أي عنصر من العناصر السابقة يجعل الحكم إما منعدماً أو باطلاً.

وتجوز الأحكام القضائية الصادرة والمتضمنة إعلان بطلان عقد الشركة ومنعها من ممارسة أي عمل من أعمال الشركة حجيّة تجاه الخصوم يطلق عليها حجيّة الأحكام القضائية أو حصولها على قوة القضية المقتضية؛ فالحكم في هذه الحالة فصل في الدعوى المنظورة أمام المحكمة بشكل نهائي ولا يجوز للأطراف إعادة رفع الدعوى نفسها ولو بتسميه أخرى أمام المحكمة، وأنّ اكتساب الحكم للقوة المقتضية يتعلق بالنظام العام فيحق للمحكمة ولو من تلقاء نفسها أن تثير ذلك في أي مرحلة من مراحل الخصومة ويحق للأطراف إثارة هذا الدفع في أي مرحلة تكون عليها الدعوى، ويشترط الفقه والقانون اتحاد الخصوم والمحل والسبب لتوافر الحجيّة القانونية للحكم القضائي القطعي الصادر من المحكمة المختصة.

الفرع الثالث: قيام البطلان على سبب يتعلق بالنظام العام أو يخالف أحكام القانون

يستلزم إبرام العقود أركان عامة يجب أن تتوافر في أي عقد وهي الرضا والأهلية والمحل والسبب، وقد تطلب القانون المدني الأردني والقوانين المقارنة أن يكون محل العقد ممكناً وجائزاً من الناحية القانونية، وإن يكون معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة، وأن لا يتنافى مع النظام العام والآداب العامة أو حكم القانون، فلا يجوز إنشاء شركة تهدف إلى بيع وتهريب المخدرات. أما بالنسبة إلى سبب العقد فيجب أن يكون ممكناً وحقيقياً ومشروعاً لا يخالف أحكام القانون أو النظام العام وحسن الآداب، بمعنى ان يتطابق المحل والسبب مع الأحكام القانونية المنظمة للتصرفات القانونية المدنية والتجارية.

أن النتيجة المترتبة على مخالفة محل عقد الشركة وسببه البطلان المطلق، ومثال ذلك أن تنشأ شركة للاتجار بالمخدرات وبيعها أو أن تعمل في تهريب الأموال الناشئة بصفة غير

قانونية، أو أن تهدف الشركة إلى إدارة منزل للدعارة. ففي مثل هذه الحالة تعتبر الشركة باطلة بطلاناً مطلقاً ويشمل البطلان الآثار الماضية للعقد لأن القول بعكس ذلك يعني إقرارا بالغرض غير المشروع للشركة، وهذا مخالف للأحكام القانونية التي تنص على أن ما بني على باطل فهو باطل، كما أن البطلان لا ترد عليه الإجازة لأن الاعتراف بالوجود الواقعي فقط في هذه الحالة لا يتفق وعدالة القانون([1]).

والبطلان في هذه الصورة بطلان مطلق ويجوز لكل ذي مصلحة التمسك به في أي مرحلة من مراحل الدعوى سواء طلب ذلك الشركاء أو الغير على حد السواء، ويجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها حتى لو لم يثير الخصوم هذا الدفع، ويجوز للشركاء الاحتجاج به تجاه الغير ويترتب على هذا البطلان انعدام عقد الشركة من الأساس ولا يتخلف عنه وجود لنظرية الشركة الفعلية. ومن ثم تعتبر كل شركة يكون غرضها مخالفاً للنظام العام والآداب باطلة بطلاناً مطلقاً؛ فقد قضي "بأن كل اتفاق يرمي إلى مخالفة أحكام قانون الصيادلة المتمثلة بمنع الصيدلي بأن تكون له مصلحة في صيدلية غير صيدليته التي يملكها، فأن العقد باطلاً ولا ينشأ عنه أي التزام فهو وحكم العدم سواء وما دفع بسببه يمكن استرداده غير أن ما توّلد عنه يصفى تصفيّة متساوية بين المتعاقدين([2])".

وتنص القاعدة على أنه لا يصغى إلى من يستفيد من عمله الشائن وأن ما بني على باطل فهو باطل، وبهذا تسقط جميع الحقوق والالتزامات التي تنشأ عن العقد الباطل ولا يترتب عليه أي أثر ولا ترد عليه الإجازة ويتم تصفية الأموال الموجودة لا على أساس العقد الباطل، بل على أساس القواعد العامة، لأن الشركة غير موجودة لا قانوناً ولا واقعاً فعلياً. وتتحول الشركة إلى حالة شيوع بين الشركاء([3]).

وتصطدم فكرة حسن النية المتوفرة لدى الغير مع البطلان المطلق لعدم مشروعية الغرض الأساسي للعقد، فمثلاً قد تنشأ الشركة بقصد تهريب المخدرات وتتعاقد مع شخص لاستئجار أو شراء عقارات أو منقولات لهذه الشركة. فالرأي الغالب هو حماية الغير حسن النية في التعامل مع الشركة بتحصيل حقوقه منها قبل أن يتم تسوية حقوق الشركاء فيها وتسديد التزاماتهم، ولو

([1]) العريفي د. محمد، والفقي د. محمد، الشركات التجارية، مرجع سابق، صفحة 57.

([2]) قرار محكمة استئناف بيروت، 1958/8/12، المحامي، 1958، صفحة 38 نقلاً عن د. الياس ناصيف

([3]) ناصيف د. إلياس، موسوعة الشركات التجارية، مرجع سابق، صحفه 218.

كان بطلان عقد الشركة قائماً على مخالفة موضوعها الرئيسي أو سببها للنظام العـــام وحـــسن الآداب فالقاعدة الأولى بالتطبيق هي حماية الغير حسن النية ومنعاً لاستخدام القانون وسيلة لسلب أموال الناس والاحتيال عليهم للحفاظ على استقرار المراكز القانونية.

المبحث الثاني
آثار نظرية الشركة الفعلية

يقتصر الاعتراف بنظرية الشركة على الماضي. أما بالنسبة إلى آثار العقد المستقبلية فالشركة باطلة ولا يمكن الاعتراف بها على أي حال من الأحوال، سواء بين الأطراف أو بين الشركاء والغير، بل يجب أن يتجه الحال إلى تصفيتها وحلّها ليصار إلى اقتسام الأرباح والخسائر الناجمة عن تنفيذ الآثار الماضية للعقد، ويتم ذلك حسب ما اتفق عليه الأطراف في العقد أو حسب قواعد العدالة والمنطق القانوني، أمّا في فترة تكوين عقد الشركة وإنشاؤه حتى فترة تاريخ إقامة الدعوى بين الشركاء في حال بطلان عقد الشركة لعدم كتابته أو من تاريخ صدور حكم قضائي قطعي يقضي ببطلان عقد الشركة، فإن الفقه والمشرع والقضاء قد اعترفوا بالوجود الواقعي الفعلي للعقد وما يترتب عليه من أثار بين الشركاء والغير، ويتم الاعتراف بهذه الآثار بالقدر اللازم لتصفية الشركة وتسديد حسابات الشركة تجاه الغير، وتوزيع الأرباح والخسائر التي نشأت نتيجة ممارسة الشركة عملاً من أعمالها أو نشاطاً يعبّر عن رغبتها في الاستمرار القانوني.

إنّ ظهور نظرية الشركة الفعلية يشمل عقد الشركة بكافة آثاره في الماضي، ويترتب عليه بعض الأحكام والآثار والنتائج التي يجب على الأطراف والغير الاعتراف بها والخضوع لها عند اللجوء إلى هذه النظرية، بالقدر الذي يتناسب مع طبيعة الشركة المراد تصفيتها، فيترتب على الاعتراف بالوجود الواقعي الفعلي للشركة من فترة إبرام العقد إلى فترة تاريخ إقامة الدعوى أو فترة الحكم بالبطلان – حسب الواقع – نتائج هامة سواء بالنسبة للشركة، أو الشركاء أو بالنسبة للغير وهذا ما سنتناوله في هذا المبحث.

المطلب الأول
آثار عقد الشركة الفعلية بالنسبة للشركة

يترتب على الأخذ بنظرية الشركة الفعلية العديد من الآثار التي تمس الشركة في ذاتها، ومن هذه الآثار أن الشركة الفعلية تعتبر صحيحة كما هو حال الشركة القانونية السليمة، وتتمتع نتيجة لذلك بالشخصية المعنوية المستقلة عن شخصية الشركاء، وهذا يمنح الشركة الفعلية الحق في الادعاء أمام المحاكم كمدعي أو مدعي عليه، بحيث تحافظ على وجودها في الماضي بالنسبة للشركاء والغير، مع الإشارة إلى قانونية إجراءاتها وتعهداتها وحقوقها وواجباتها تجاه الشركاء

أو تجاه الغير، وينتهي هذا بالنسبة للشركاء بمجرد تقديم دعوى أمام المحكمة للمطالبة بـــبطلان عقد الشركة في حال بطلان عقد الشركة لعدم كتابته، وبالنسبة للغير بمجرد صدور حكم قضائي قطعي يقضي ببطلان عقد الشركة([1])

أن صدور حكم قضائي قطعي من المحكمة المختصة يقضي بوجوب تـــصفية الـــشركة أو حلّها يظهر لنا الأثر الثاني بالنسبة للشركة، فيجوز للمحكمة الحكم بشهر إفلاس الشركة الفعليـــة متى تحققت الشروط القانونية اللازمة لذلك؛ وهي توقفها عن دفع ديونها، بغض النظـــر عـــن تاريخ نشوء هذه الديون، ويراعي المصفي عند توزيع الإرباح والخسائر الأحكام العامة الواردة في عقد الشركة كما لو كانت الشركة صحيحة، فيتم توزيع الأموال وتقـــسيمها كنتيجـــة لأثـــار الشركة القانونية خلال هذه الفترة([2])

وتعتبر الشركة الفعلية التي قضي ببطلاتها شركة تضامن، ونتيجة للاعتراف بها يعتبر المشرع جميع الآثار والتصرفات والعقود التي قامت بها الشركة صحيحة ومنتجة لأثارها القانونية، فيحق للغير مطالبة الشركاء بتقديم حصصهم في الشركة، ما لم يتقدم الغير بطلب إعـــلان بطـــلان عقـــد الشركة، وإذا ما حصل خلاف بين الأغيار فتمسك البعض ببطلان عقد الشركة وتمسك الآخر ببقاء الشركة وجب القضاء ببطلان عقد الشركة لأن البطلان هو الأصل([3]).

وتعتبر الشركة الفعلية تضامن ولها شخصية معنوية ما لم يثبت غير ذلك. فيسأل الشريك المتضامن مسؤولية شخصية عن ديون الشركة([4])، فيكون مدينا متضامنا مع الشركة ولو كان الدين محل المطالبة ثابتا في ذمة الشركة وحدها، فقد ورد في حكم لمحكمة النقض المصرية بأن المشرع ((وقد نظم الشركات الواقعية حماية لحقوق الغير الذي يتعامل معها والشركة بمجرد تكوينها تعتبر شخصا معنويا ويترتب على ذلك جميع النتائج التي تترتب على الشخصية المعنوية. ولما كانت

([1]) سامي د. فوزي محمد، مرجع سابق، صفحة 35، انظر أيضاً د. القليوبي سمحية، الشركات التجارية، مرجع سابق، صفحة 68.

([2]) القليوبي د. سميحة، الشركات التجارية، مرجع سابق، صفحة 68.

([3]) العريفي د. محمد، والفقي د. محمد، مرجع سابق، صفحة 58.

([4]) طعن رقم 302 لسنة 32 ق جلسة 1966/11/10 السنة 17 صفحة 1655، وأيضا طعن رقم 182 لسنة 50 ق، جلسة 1981/11/16، لم ينشر بعد.

شركات الواقع التجارية تعتبر شركات تضامن ما لم يثبت خلاف ذلك، وكان الشريك المتضامن يسأل في أمواله الخاصة عن كافة ديون الشركة فيكون مدينا متضامنا مع الشركة ولو كان الدين محل المطالبة ثابتا في ذمة الشركة وحدها، ومن ثم يكون للدائن مطالبته على حده بكل الدين. لما كان ذلك وكان الحكم ا لمطعون فيه قد استدل على كون الطاعن شريكا في شركة حمدان للمقاولات بالاتفاق المؤرخ 19-7-1966 والموقع عليه من الطاعن وآخر من المطعون ضده واعتبر تلك الشركة من شركات الواقع التي تندرج تحت أحكام شركات التضامن وكان استخلاص الحكم المطعون فيه لذلك له أصله الثابت في أوراق الدعوى فإنه لا عليه بعد ذلك أن التفت عن دفاع الطاعن من أن الحجز قد رفع على غير ذي صفة واعتبره مسئولا في أمواله الخاصة عن كافة أموال الشركة دون قصر مسؤوليته بمقدار نصيبه فيها ومن ثم فإن النعي عليه بالإخلال بحق الدفاع والقصور في التسبيب يكون في غير محله))([1]).

كما يجوز شهر إفلاس الشريك المتضامن بها. على أن ذلك مشروط بتوافر صفة الشريك كمتضامن في شركة الواقع. وقد حكم بأنه ((وإن كانت للشركة الواقعية التضامنية شخصية معنوية تبرر الحكم بإشهار إفلاسها ولو توافرت شروطه مما يترتب عليه إشهار إفلاس الشركاء المتضامنين فيها، وكان الطاعن وإن لم يمثل في الدعوى إلا إن الثابت مما حصله الحكم المطعون فيه انه قدم مذكرة أنكر فيها صفته كشريك في الشركة الواقعية التضامنية. وإذا كان البين من الحكم المطعون فيه أنه أقام الدليل على قيام الشركة الواقعية التضامنية هذه، ولم يورد أي دليل على أن الطاعن كان شريكا متضامنا فيها، وقضى على الرغم من ذلك بإشهار إفلاس الطاعن بهذه الصفة، فإنه يكون معيبا بالقصور في التسبيب في هذا الخصوص))([2]). ونرى مع ما يراه أغلب الفقه إتباع أحكام العقد رغم الحكم ببطلان عقد الشركة([3]).

ويرى جانب من الفقه المصري أنه من الأفضل في هذا الخصوص استبعاد أحكام العقد احتراما لأحكام البطلان وتطبيق أحكام القانون في هذا الخصوص المتعلقة بتوزيع الأرباح

([1]) طعن رقم 83، لسنة 50، جلسة 1981/11/16 نقلاً عن د. سميحة القليوبي

([2]) طعن رقم 263، لسنة 36 ق جلسة 1971/1/19- س 22، صفحة 62، نقلاً عن د. سميحة القليوبي، وطعن رقم 329 لسنة 20 ق جلسة 1952/12/18 المجموعة في 25 عاما رقم 5، صفحة 243.

([3]) د. محسن شفيق – الوسيط رقم 377، صفحة 390، – ود. سمير الشرقاوي، رقم 246، صفحة 212.

والخسائر عند عدم النص عليها([1]). كما يرى جانب آخر استبعاد أحكام العقد أو أحكام القانون في هذا الخصوص، وترك الأمر للقاضي يوزع الأرباح والخسائر على أساس من العدالة ويمكن للقاضي الالتجاء لأحكام العقد باعتبارها أحكام عادلة وليس بوصفها شروط العقد([2]). أما فيما يتعلق بالغير فإن له الحق في التمسك ببطلان الشركة في الماضي أو الإبقاء عليها وفق مصلحته([3]). فمثلا للدائن الشخصي للشريك التمسك ببطلان عقد الشركة وعلى العكس لدائن الشركة مصلحة في التمسك ببقاء الشركة صحيحة حتى الحكم ببطلانها ليتمكن من التنفيذ على رأسمالها دون مزاحمة من الدائنين الشخصيين للشركاء. ولكن إذا تمسك أحد من الغير بعقد الشركة وتمسك آخر ببطلانها فإن القاضي يحكم ببطلانها لأنه الأصل في حالة تخلف ما يتطلبه القانون من شروط([4]).

المطلب الثاني

أثار عقد الشركة الفعلية بالنسبة إلى الشركاء

اتجه القضاء إلى الاعتراف بالوجود الواقعي الفعلي للشركة الفعلية إذا تعرضت للبطلان قبل الحكم له بحيث يعطل أثره الرجعي، فلا يسري بطلان الشركة على آثار العقد في الماضي ويقتصر آثره على المستقبل فقط، والسبب في ذلك صعوبة إعادة الحال إلى ما كانت عليه بين المتعاقدين قبل التعاقد، وإن إعمال هذا الأثر يأتي للحفاظ على المعاملات التي أنجزت في ظل وجود الشركة وقبل الحكم ببطلانها، فلا يجوز اعتبار الشركة كان لم تكن، لما يترتب على ذلك من نتائج شاذة وضارة بالغير والشركاء.

راعى القضاء والتشريع والفقه حقوق والتزامات الشركاء في الشركة الفعلية، حيث إن صدور حكم قضائي يقضي ببطلان عقد الشركة ينبغي أن يشمل المستقبل فقط، وإذا دخلت الشركة نتيجة الحكم ببطلانها في دور التصفية فإنها تتمتع بالشخصية القانونية بالقدر الذي يتناسب مع إعمال

([1]) د. اكثم الخولي، المرجع السابق، صفحة 65.

([2]) المرجع السابق في عرض هذه الآراء. أيضا د. سمير الشرقاوي، القانون التجاري- طبعة 1982 جزء أول،رقم 246 هامش رقم (1).

([3])طعن رقم 182، لسنة 41 ق جلسة 16 نوفمبر 1981، غير منشور. حيث قررت المحكمة أنه يجوز للغير أن يغفل بطلان الشركة وأن يتمسك بوجودها وفي هذه الحالة تعتبر الشركة صحيحة قائمة منتجه لأثارها.

([4]) طه د. مصطفى، صفحة 188. البارودي د. علي رقم 136.

التصفية، حتى تتمكن من أداء الالتزامات المترتبة عليها خلال فترة وجودها حتى الحكم ببطلانهـا وتصفيتها([1])، وفي حالة إعلان بطلان الشركة ليصار إلى تصفيتها تقسم الأرباح والخسائر بـين الشركاء ويلتزم الشركاء الذين لم يقدموا حصصهم بتقديمها. ويلتزمون بالديون حسب نوع الشركة وطبيعة الدين وشرط العقد.

وقد أورد القانون الأردني تطبيقاً للشركة الفعلية في القانون المدني الأردني انفراداً منه بـنص خاص، حيث اعتبر الشركة التي لا تراعي شرط الكتابة شركة فعلية ولكن هـذه الـشركة تبقـى موجودة فعلاً لا قانوناً بين الشركاء وذلك حتى تاريخ إقامة الدعوى أمام المحكمة المختصة، وذلـك بخلاف معظم التشريعات الأخرى التي اعتبرت البطلان ساري المفعول حتى صدور حكم قضائي قطعي من محكمة مختصة([2]).

أختلف الفقه القانوني في الأساس أو المبدأ الذي يمكن السير عليه في توزيع الأرباح والخـسائر بين الشركاء. فذهب الرأي الأول إلى توزيع الأرباح والخسائر حسب شروط العقد، بعد أن يـسترد كل شريك الحصة المقدمة منه، ولا يشمل ذلك البطلان الناجم عن انعـدام مـشروعية الـسبب أو الموضوع، بل يشمل الحالات الأخرى مثل حالة نقص الأهلية أو العقد الذي يشوب أحـد عيـوب الرضا، وبالنتيجة فإن شروط عقد الشركة تأخذ مفعولها إذا أبطلت بسبب عدم نظاميتها وليس بسبب عدم مشروعيتها([3]). لقد أخذ قانون الشركات الفرنسي بهذا الرأي في المادة (368) منـه، حيـث تجري تصفية الشركة بعد الحكم ببطلانها وفقاً لشروط العقد والشروط الأخرى. ولقد اعتمد القضاء اللبناني هذا المبدأ في كثير من قراراته. فتعتبر الشخصية المعنوية للشركات قائمة بعد انقضائها في المدة اللازمة لتصفيّة الشركة ولأجل حماية إجراءات التـصفية ومراعـاة مـدى مراعـاة هـذه الإجراءات للقانون([4]).

([1]) القليوبي د. سميحة، مرجع سابق، صفحة 68.

([2]) المادة (584)، من القانون الأردني رقم (43)، لسنة 1976م.

([3]) البستاني، سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 275. وانظر ايضا القليوبي د. سميحة، مرجع سابق، صفحة 70.

([4]) ناصيف د. إلياس، مرجع سابق، صحفه 224.

ولقد أخذت محكمة التمييز الكويتية بهذا الرأي أيضاً، حيث اعتبرت أنه من المقرر انه يترتب على بطلان عقد الشركة زوال أثاره الأصلية، فيجري تصفيته حقوق الشركاء من المعاملات التي تمت قبل بطلانه وفقاً لشروط عقد الشركة التي قضي ببطلانها، ووجه ذلك أن الشركة التي قضي ببطلانها تعتبر في المدة السابقة على الحكم ببطلانها شركة واقع تنتج الأثار التي تنتجها الشركة الصحيحة، ويحيز الشركاء الربح ويتحملون الخسارة، ويقتسمون مال الشركة طبقاً للشروط التي اتفقوا عليها في العقد الباطل([1]) وإذا لم يوجد عقد خطي يتم الرجوع إلى القواعد العامة لتصفية الشركات حسب عقد الشركة وإلاّ بنسبة كل شريك في الشركة.

أمّا الرأي الآخر فيرى أنه من الأفضل في هذا الخصوص استبعاد أحكام العقد احتراماً للبطلان وتطبيق أحكام القانون في هذه الحالة والمتعلقة بتوزيع الأرباح والخسائر عند عدم النص عليها، ويرى جانب آخر من الفقه استبعاد أحكام العقد أو أحكام القانون وترك الأمر للقاضي يتولى توزيع الأرباح والخسائر على أساس من العدالة، ويمكن للقاضي الالتجاء لأحكام العقد باعتبارها أحكام عادلة وليس بوصفها شروط عقد. ولا يشمل ذلك البطلان نتيجة عدم إتمام إجراءات النشر تطبيق بنود العقد لأن سبب البطلان خارج عنه ولاحق لإبرامه ([2]). ويكون هذا الرأي واجب التطبيق في حالة البطلان الناشيء لعدم مشروعية سبب الشركة أو موضوعها،لأن البطلان هنا يشمل آثار العقد للماضي والمستقبل، فليس ثمة محل لإعمال شروط العقد أو لتطبيق نص قانوني موضوع للشركة الصحيحة ؛ فيتم اللجوء إلى استلهام قواعد العدالة والمنطق القانوني، التي يمكن الاستئناس بها إذا تضمنت الحل العادل والأمثل لتوزيع الأرباح والخسائر لتحقيق قسمة عادلة بين الشركاء([3]).

ويرى الباحث أنّ الرأي الأفضل هو الرأي الثاني،لأنه يترك أمر تصفية الشركة لقناعة المحكمة وتقديرها القانوني حسب كل واقعة على حدا،فتستطيع المحكمة توزيع الأرباح والخسائر بما يتفق مع طبيعة العقد والآثار الناتجة عنه، وانه من غير المنطقي أن تخضع تسوية أموال الشركة الصحيحة وتصفيتها لقواعد العقد الباطل نظراً للاختلاف الواضح البين والفارق الكبير بين آثار العقد الصحيح والعقد الباطل.فلكل عقد طبيعته وأسبابه الخاصة به.

([1]) ناصيف د. إلياس، مرجع سابق، صحفه 224.

([2]) القليوبي د.سميحة، مرجع سابق،صفحة 70.

([3]) البستاني، د سعيد يوسف، مرجع سابق، ص275.

وقد اعتمد القضاء المقارن في بعض حالات البطلان توزيع الأرباح والخسائر الناشئة عـن عقد الشركة بعد إعلان بطلانها وفقاً لقواعد العدالة والمنطق القانوني،فيجوز للمحكمة اللجوء إلى توزيع أرباح الشركة وأموالها بصورة تتفق مع كل عمل قام بـه الـشريك ومـدى خـضوعه لالتزامات عقد الشركة،ولها ان تأخذ بعين الاعتبار أن بعض الشركاء لم ينفذ الالتزامات التـي يرتبها عقد الشركة الذي قضي ببطلانه ([1]).

وقد أخذ القانون المدني الأردني، في المادة (587) منه بهذا الرأي والتي تنص علـى مـا يلي: 1. يتم توزيع الأرباح والخسائر على الوجه المشروط في العقد، 2.فإذا لم يبيّن كل مـنهم في العقد نصيب كل من الشركاء في الأرباح والخسائر،فإنه يتعيّن توزيعها بنسبة كل منهم فـي رأس المال، وتجري قسمة الشركة وفقاً للقانون المدني الأردني بالاستناد إلـى أحكـام المـادة (609) من ذات القانون والتي تنص على ما يلي " تتبع في قسمة الشركات القواعـد المتعلقـة بقسمة المال الشائع، وهذه المواد واردة في المادة (1038) وما بعـدها مـن القـانون المـدني الأردني، وإن كان ذلك يتضمن تطبيق أحكام قسمة الشركات الفعلية وفقاً لقواعد تصفية الشركات القانونية السليمة، ويستند ذلك إلى ان الهدف النهائي هو قسمة وتوزيع ما تبقى مـن موجـودات وأموال الشركة بين الشركاء،بعد سداد ما عليها من ديون،تماماً كما هو الحـال فـي الـشركات القانونية.

وإذا ظهر ما يسمى بفائض التصفية وهي الأموال الناتجة عن أعمال القـسمة بعـد سـداد حصص الشركاء،فيتم اللجوء إلى الاتفاق الوارد في عقد الشركة والاّ يتم قسمة هـذه الأمـوال حسب نسبة كل شريك في الشركة، ويشمل الأمر هذا الربح والخسارة على حد السواء، ويعتبـر ذلك تطبيقاً للقواعد العامة في القانون المدني الأردني،ولقد أيد الفقه القانوني هذا الاتجاه، وطبـق القضاء ذلك في كثير من القرارات منذ بداية ظهور نظرية فكرة الشركة الفعلية.

([1]) محكمة التمييز اللبنانية،22/10/1957،حاتم 33،صفحة 21

المطلب الثالث

آثار عقد الشركة بالنسبة إلى الغير

يعتبر نشاط الشركة صحيحاً متى كان غرضها الرئيسي وطبيعة عملها مشروعاً، وعلى ذلك يلتزم الشركاء في الشركة الفعلية في مواجهة الغير بجميع الحقوق والالتزامات التي يفرضها عليهم عقد الشركة، ويلتزم الغير في مقابل ذلك بالحقوق المترتبة عليه لصالح عقد الشركة والشركاء، ويستند هذا القول إلى اعتبار أن الشخصية المعنوية تكتسبها الشركة مادام عقد الشركة صحيحاً، وتكون الشركة قانونية إلى فترة الحكم بالبطلان.

ويقصد بالغير كل من كانت له علاقة بالشركة وكل من تعامل مع الشركة من غير الشركاء؛ فيشمل كل من له مصلحة مباشرة أو غير مباشرة وكل من يجيز له القانون رفع دعوى مباشرة أو غير مباشرة في مواجهة الشركة ؛ فمنهم صاحب المصلحة في التمسك بعقد الشركة مثل دائن الشركة نفسها، ومنهم من له المصلحة في التمسك ببطلان عقد الشركة والاحتجاج ببطلانه مثل دائن الشريك الشخصي، ومتى ما طلب البطلان شخص من الغير فإن صدور حكم قضائي بالبطلان يعدم حياة الشخصي المعنوي في المستقبل فقط. فينتهي عقد الشركة وينقضي دون أن يتمكن من أن يمارس أي نشاط يتعلق بذات الشركة في المستقبل، ويتم توزيع الأرباح والخسائر حسب العقد المبرم بين الشركاء أو حسب نسبة حصة كل شريك من الشركاء([1]).

تعتبر جميع النشاطات والعلاقات القانونية التي أبرمتها الشركة مع الغير صحيحة ومنتجة لأثارها القانونية وذلك في الفترة منذ تكوين الشركة ونشأتها حتى صدور حكم قضائي قطعي يقضي ببطلان عقد الشركة بشرط أن تكون واقعة البطلان ضمن نطاق الشركة الفعلية، ولا يؤثر صدور حكم قضائي قطعي على آثار عقد الشركة التي حكم ببطلانها بالنسبة إلى الماضي، ولا يحق للشخص ذو المصلحة في التمسك بالبطلان أن يطلب التخلص من مفعول العقود المبرمة مع الشركة، فتعتبر هذه الشركة شركة فعليه واقعية يجب أن تحل وتصفى في الماضي وفقاً للعقد المبرم بين الشركاء أو حسب نسبة حصة كل شريك في الشركة وهذا ما تضمنته نصوص القانون المدني الأردني.

([1])يونس د. علي حسن، مرجع سابق، صفحة 72.

ويتميز الغير بحقه في التمسك ببطلان عقد الشركة أو الاحتجاج بوجوده ؛استناداً إلى مبدأ حسن النية في تعامله مع عقد الشركة، بينما لا يحق للشركاء الاحتجاج ببطلان عقد الشركة في مواجهة الغير التزاماً بقاعدة أن من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه، ويستند الحق في هذا الخيار إلى نظرية الظاهر في التعامل مع عقد الشركة على أساس أنه متطلب قانوني للحفاظ على استقرار المراكز القانونية، فالغير أبرم العقود مع الشركة وقام بتأجيرها وبيعها والشراء منها ورهن الأموال لمصلحتها استنادا إلى الوجود الحقيقي لعقد الشركة[1].

ويستند القول بعدم منح الخيار للشركاء أو الشركة في طلب البطلان من عدمه إلى عدم مشروعية أن يصغى إلى قول من يستفيد من عمله الشائن، وأن ما بني على باطل فهو باطل، ولا يجوز أن يكافئ الشخص عند التقصير في الإجراءات القانونية الواجب اتباعها. فالجهل بالقانون ليس عذار في مثل هذه الحالات، فلا يحق للشركاء الاستفادة من نتائج العمل الباطل، ويستثنى من الشركاء الشريك فاقد الأهلية، فيحق له وحده ودون الشركاء أو الغير، أن يدلى بالبطلان بالقدر اللازم لحساب مصلحته، وأنَ تمسكه بالبطلان يوجب على المحكمة أن تقضي به، فمصلحة ناقص الأهلية تتقدم على مصلحة الغير ويحصل ناقص الأهلية على حصته في الشركة دون التزامه بالأرباح والخسائر([2]).

ويشترط في حال تمسك الغير ببطلان عقد الشركة أن تتحقق مصلحتهم في هذا الطلب مثل أن يترتب ديون أو رهونات أو تأمينات على عقارات الشركة، ويتمسك الغالب الأعم بصحة عقد الشركة وبقاء شخصيتها المعنوية كضمان للحصول إلى أموال وأرباح مالية جديدة قد تزيد من ضمانات الشركة المالية تجاههم، خصوصاً إذا ما التزم الشركاء الأصليين في عقد الشركة بالالتزامات القانونية المترتبة على عاتقهم، ولا يحق للغير تجزئة طلب بطلان عقد الشركة بمعنى عدم جواز التمسك بالبطلان من ناحية التهرب من الالتزامات، والتمسك به لضمان الحصول على الحقوق المالية لعقد الشركة([3]).

([1]) البستاني، د سعيد يوسف، مرجع سابق، ص 275.

([2])يونس د. علي حسن، مرجع سابق، صفحة 73. وانظر ايضا البستاني، د سعيد يوسف، مرجع سابق، ص276

([3]) البستاني، د سعيد يوسف، مرجع سابق، ص 276. وانظر ايضا ناصيف د. الياس، مرجع سابق، صفحة 228

وتثور في هذا المجال مسألة تحديد مسؤولية الشريك عند تصفية الشركة الفعلية، فهل هذه المسؤولية تضامنية أم على أساس حصة الشريك في رأس مال الشركة فعلاً؟ وقد كان الرأي السائد سابقاً وجوب توفر المسؤولية التضامنية للشريك عند تصفية الشركة أي أن الشركاء مسؤولين بالتضامن تجاه الغير، فإذا ترتب للغير حقوق والتزامات على الشركة. فإن خضوع الشركة لنظرية الشركة الفعلية نتيجة الحكم ببطلان يستتبعه، جواز مساءلة الشركاء بشكل تضامني لتسديد هذه الالتزامات.

أمّا الاتجاه الحديث فإنه يخالف ما سبقه ويتطرق إلى نوع الشركة هل هي شركة مدنية أم شركة تجارية؟ فيحدد نوع المسؤولية تبعاً لشكل الشركة هل هي شركة تضامن أم ذات مسؤولية محدودة أم مساهمة عامة أو توصية بسيطة، وعليه فإن الشريك يسأل بأموال الخاصة بالإضافة إلى رأسمال الشركة في حال شركات الأشخاص وهي التضامن وما تبعها. أمّا في شركات الأموال فإن الشريك يسأل حسب نسبة مساهمته في رأسمال الشركة الوارد في العقد التأسيسي بشرط أن يكون الشريك قد سدد الحصة المترتبة عليه لحساب عقد الشركة ([1]).

وقضى الاجتهاد القضائي بان التزام المتعاقدين في عقد الشركة الفعلية هو التزام شخصي فالشركات الفعلية تصفى حسب العقود المبرمة لها أساساً،فلا ينسب الالتزام إلى الشركة الباطلة بل يرد إلى الشخص المتعاقد،لمنع الشخص من أن يستفيد من عمله غير المشروع أو غير القانوني، فلا يحق لأحد أن يستفيد من عمله الشائن أو العمل الذي يحتوي تجاوزاً للقانون،لأن صدور حكم قضائي يقضي ببطلان عقد الشركة استناداً إلى نظرية الشركة الفعلية يفقد الشركة الشخصية المعنوية الأمر الذي يترتب عليه فقدانها لحق المقاضاة ([2]).

يعتبر الدائن الشخصي للشريك من الغير،فتعريف الغير يتسع ليشمل كل من له مصلحة مباشرة أو غير مباشرة وكل من يجيز له القانون رفع دعوى مباشرة أو غير مباشرة في مواجهة الشركة،حيث يحق له رفع كل من الدعوى غير المباشرة،أو دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين،إذا ما توفرت الشروط القانونية لهاتين لدعوتين. وتتمثل مصلحة دائن الشريك الشخصي في قيام

([1]) د.ناصيف إلياس،مرجع سابق،صفحة 230

(2) تمييز سورية،21/3/1963،ن،ق،1963،صفحة 1145 نقلاً عن الياس ناصيف

الشركة الفعلية بزيادة الضمان العام لأموال المدين نتيجة زيادة حقوقه في عقد الشركة عندما يحصل الشريك المدين على نسبة عالية من الأرباح ([1]).

وإذا ما تعارضت مصالح دائني الشركة مع مصالح الدائنين الشخصين للشركاء، يتوجب على المحكمة أن تقضي بالبطلان – إذا توافرت أسبابه – لأن البطلان هو الأصل. مما يترتب عليه سقوط الالتزامات المترتبة على الشركاء تجاه الدائنين الشخصين له. ويتساوى الدائنين في أفضلية الحصول على الأرباح والخسائر، وتتجمع أموال الشريك كاملة وتعتبر هذه الأموال ضماناً عاماً،وتقوم المحكمة بتقسيم هذه الأموال بالتساوي بين الدائنين([2]).

إذا توافرت جميع شروط تطبيق نظرية الشركة الفعلية بالإضافة إلى أحد حالات ظهورها يوجب على المحكمة أن تحكم في الواقعة المعروضة عليه ببطلان عقد الشركة؛ استناداً إلى اهمية حماية الغير حسن النية. وحفاظاً على استقرار المراكز القانونية، فلا يجوز لأي شخص يبرم عقد شركة مع غيره، أن يتذرع بعدم العلم بالإجراءات القانونية الواجب إتباعها.ضماناً لحسن تطبيق القانون على الجميع ومنعاً لتضارب المصالح، فالقاعدة القانونية قاعدة اجتماعية عامة مجردة تنطبق على جميع الأشخاص حال اكتسابهم الصفة القانونية التي تؤهله للقيام هذه الأعمال والتصرفات.

([1]) البستاني، د سعيد يوسف، مرجع سابق، ص 276.

(2) ناصيف، الياس، مرجع سابق، صفحة 234

المبحث الثالث

انقضاء الشركة الفعلية

تصبح الشركة شخصاً قانونياً مستقلاً، متى تـوافرت لهـا الأركـان العامـة والـشروط الموضوعية العامة والخاصة بعقد الشركة، وتبدأ في ممارسة أعمالها ونشاطاتها بأن تدخل فـي علاقات قانونية مع الغير ومع الشركاء.لكن الشركة تنقضي وينتهي عقدها إذا ما توافرت أحـد الاسباب القانونية، وتتعدد أسباب انقضاء الشركات -بما فيها الشركة الفعلية- وتتنـوع حـسب طبيعة عقد الشركة، فمنها أسباب عامة تنقضي بها جميع أنواع الشركات، ومنها أسباب خاصـة تستند إلى الاعتبار الشخصي بين الشركاء.

وتتعدد وتتنوع الأسباب العامة لانقضاء الشركات فمنها ما يترتب عليـه الانقـضاء بقـوة القانون، ومنها ما يتوقف على إرادة الشركاء، ومنها ما يتوقف على حكم قضائي، وتتمثل هـذه الأسباب: بانتهاء مدة عقد الشركة، انتهاء العمل الذي قامت الشركة من أجله، هلاك جميع أموال الشركة أو هلاك حصة أحد الشركاء قبل تسليمها، إجماع الشركاء على حـل الـشركة. شـهر إفلاس الشركة، صدور حكم قضائي بحل الشركة، اندماج الشركات، انهيار ركن تعدد الشركاء، شطب تسجيل الشركة.

وتختلف الأسباب الخاصة لانقضاء شركات الأشخاص عن الأسباب العامة، كاتفاق الشركاء على حل الشركة، انتهاء المدة المحددة للشركة، انتهاء الغاية التي وجدت الشركة من أجلها، بقاء شريك واحد فيها باستثناء الحالات التي يجيز فيها القانون شركة الشخص الواحد، بإشهار إفلاس الشركة، بإشهار إفلاس الشركاء ما لم يقرر باقي الشركاء استمرار الشركة بينهم، بفسخ الشركة بحكم قضائي، بشطب تسجيل الشركة بقرار من المراقب، ولا مجال لذكر جميع الأسباب التـي تنقضي بها الشركات لتعددها وتشعبها فهي تتبع نوع الشركة وشكلها. وعلى ذلك، فإننا سـنبحث في انقضاء الشركة الفعلية من خلال تناول الأسباب المباشرة لانقضاء الشركة الفعلية، والأسباب غير المباشرة لانقضاء الشركة الفعلية، اتباعاً لخصوصية نظريـة الـشركة الفعليـة وطبيعـة الاعتراف القضائي بها. والأسباب الموجبة لذلك:

المطلب الأول: الأسباب المباشرة لانقضاء الشركة الفعلية.

المطلب الثاني: الأسباب غير المباشرة لانقضاء الشركة الفعلية.

المطلب الأول

الأسباب المباشرة لانقضاء الشركة الفعلية

تمارس الشركة الفعلية أعمالها وتستمر في نشاطاتها، ما لم يطلب أحد الشركاء أو الغير بطلانها بعد أن يتقدم بدعوى قضائية للحكم ببطلانها، فالحكم القضائي بالبطلان هو السبب المباشر الأول لانقضاء الشركة الفعلية، وقد تتدخل بعض العوامل والأسباب الأخرى التي تنهي الشركة الفعلية كانتهاء مدة الشركة الفعلية أو انتهاء الغاية منها وهذه العوامل هي السبب المباشر الثاني لانقضاء الشركة الفعلية.

الفرع الأول: صدور حكم قضائي يقضي ببطلان عقد الشركة الفعلية

يرى الفقه الحديث ضرورة أن يتقدم الغير أو الشركاء بدعوى قضائية أمام المحكمة المختصة لتقرير بطلان عقد الشركة، وتطبيق أحكام نظرية الشركة الفعلية على آثار البطلان على المستقبل فقط، فالبطلان لا يتحقق تلقائياً بل يجب طلبه أمام المحكمة بدعوى رئيسية، أو بدعوى فرعية أمام المحكمة المختصة لأن البطلان لا يتحقق بقوة القانون، وتظهر أهمية وجود هذه الدعوى لتتمكن المحكمة من بسط رقابتها على الوقائع المعروضة في ملف الدعوى، استناداً إلى أن من شروط نظرية الشركة الفعلية،أن يطلب صاحب المصلحة بطلان عقد الشركة ([1]).

وبالاستناد إلى قانون أصول المحاكمات الاردني، فإن المحاكم النظامية هي صاحبة الاختصاص،للنظر في الدعاوى المدنية والتجارية، ويتم الرجوع إلى قواعد الاختصاص القيمي والنوعي والمحلي لتحديد من يستطيع رفع الدعوى وأمام أي محكمة وضمن نطاقها الجغرافي. فعلى سبيل المثال تختص محاكم الصلح بالنظر في القضايا التي تكون قيمتها (7000) دينار فما دون وفي عدا ذلك تختص محكمة البداية بالنزاع، فالقانون الأردني ترك أمر النظر في قضايا النزاعات التجارية حسب نوع الدعوى، وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الأردني- كأصل عام- قد حدد اختصاصاً نوعياً للمحكمة البداية للنظر في النزاعات المتعلقة ببطلان بعقد الشركة([2]).

([1])العكيلي د.عزيز، مرجع سابق،صفحة 72

([2]) قانون أصول المحاكمات المدنية رقم لسنة 1988 وتعديلاته،قانون الشركات رقم (22) لسنة (1997) وتعديلاته.

وفيما يتعلق بالحجيّة التي يجوزها الحكم القضائي الصادر بالبطلان فلقد أكد الفقه والقضاء مبدأ نسبية حجية الحكم الصادر برد دعوى البطلان شكلاً أو موضوعاً إذ ينحصر في الاشخاص الممثلين في الدعوى ولا يشمل غيرهم الا اذا رفعها أحد المساهمين فتشمل غيره منعاً لرفع دعوى صورية بالبطلان، أما بالنسبة للحكم القاضي ببطلان الشركة فقد استقر القضاء على تبني الحجيّة المطلقة لها أي ينتج أثره القانوني في حق كل من له علاقة في الشركة سواء أكان طرفاً في الدعوى ام لم يكن، فيحق للغير او المساهم ان يحتج به تجاه غيره وإن لم يكن طرفاً في الدعوى([1])؛ فقد أكدت محكمة النقض على مبدأ الحجية المطلقة في مواجهة كافة الأشخاص مهما كانت مصالحهم باعتبار ان الهيئات القانونية لتلك الشركة،التي صدر في مواجهتها الحكم المشار إليه تعتبر الممثل القانوني لهؤلاء الأشخاص ([2]).

وتتسع الآثار المترتبة على الحكم ببطلان عقد الشركة وتتنوع بين الماضي والمستقبل، فالبنسبة للماضي فلا ينطبق الأثر الرجعي لبطلان عقد الشركة احتراماً لاستقرار المراكز القانونية والحفاظ عليها، فمتى ما استجمعت الشركة شروط وجودها وتكوينها تعتبر أعمالها صحيحة ومنتجة قانوناً إلى الحكم ببطلانها بالنسبة إلى الغير وبالنسبة للشركاء، ما عدا تلك الحالة التي تميّز بها القانون الأردني والتي تتمثل باعتبار آثار الشركة الماضية صحيحة إلى الوقت الذي ترفع من دعوى تطلب البطلان في حالة عدم كتابة عقد الشركة. أمّا بالنسبة للمستقبل فإن الشركة تفقد شخصيتها المعنوية ولا يتم الاعتراف بأعمالها ونشاطاتها القانونية بذات الوجود السابق لها ما لم تنشأ كشركة جديدة أو تظهر كشركة نشأت بصورة فعلية بعد الحكم ببطلانها([3]).

وبهذا فقد خلص التشريع القانوني إلى أهميّة الاعتراف بالشركة الفعلية على الرغم من أن الأحكام القضائية تطبق على الكافة استقراراً لمبدأ العدل والمساواة، لكن لطبيعة الظروف القانونية ولأن مبدأ العدل والمساواة يحترم روح القانون ولا يلتزم بحرفية النص، فإن القانون لا يمكن أن ينكر لمدة طويلة وجود الشركات الفعلية؛ فنجد القضاء قد اعترف بنظرية الشركة

([1]) شمس، محمود زكي، مرجع سابق، ص 169 و170.

(2)القضاة د. مفلح عواد، مرجع سابق،صفحة 380.

(3)القضاة د.مفلح عواد، مرجع سابق،صفحة 384.

الفعلية، كنظام قانوني استوحاه من نصوص القانون المدني الأردني وقانون الشركات وقواعد العدالة، تجنباً للثغرات القانونية التي تثيرها الشركات الفعلية.

الفرع الثاني: فسخ أو حل الشركة بقوة القانون

لا تقتصر فكرة الشركات الفعلية على نظرية البطلان، فقد تظهر ظروف أخرى تستدعي معها الحكم بوجود نظرية الشركة الفعلية، وتعتبر هذه الظروف نتيجة ممارسة الشركة لنشاطها ودخولها في علاقات قانونية متشعبة مع الغير، فقد تتدخل أسباب قانونية تؤدي إلى حل الشركة أو فسخها بقوة القانون وينتقل الامر إلى حل الشركة أو فسخها بعد أن تكون الشركة صحيحة في أصل منشأها. ولذلك تتشابه نتائج وآثار الفسخ بقوة القانون إلى حد كبير مع النتائج المترتبة على البطلان([1]).

عددت المادة (32) من قانون الشركات أسباب انقضاء شركة التضامن التي تنطبق على غيرها من شركات الأشخاص، فتنقضي شركة التضامن باتفاق الشركاء جميعهم على حل الشركة أو دمجها بشركة أخرى، بانتهاء المدة المحددة للشركة سواء أكانت مدة أصلية أو المدة التي مددت إليها باتفاق جميع الشركاء، بانتهاء الغاية التي أسست الشركة من أجلها، ببقاء شريك واحد فيها مع مراعاة بعض الأحكام التي تجيز شركة الشخص الواحد، بإشهار إفلاس احد الشركاء فيها، أو بالحجز عليه، ما لم يقرر باقي الشركاء جميعهم استمرار الشركة بينهم وفقاً لعقد الشركة، بفسخ الشركة بحكم قضائي، أو بشطب تسجيل الشركة بقرار من المراقب بمقتضى أحكام القانون، وتخضع بعض أنواع شركات الأموال لنظام التصفية لتسوية حقوقها([2]).

وتحوز الأحكام الصادرة بحل الشركة الحجيّة المطلقة تماما كما هو حال دعوى البطلان، أما آثار فسخ الشركة فتخضع الشركة لنظام التصفية وتبقى محتفظة بشخصيتها المعنوية بالقدر اللازم مع تصفية الشركة إلى أن تنتهي هذه التصفية. ولا تتأثر أعمال ونشاطات الشركة في الماضي، ويترتب على تصفية الشركة إيقاف الحق في مقاضاة الشركة([3]).

([1]) القضاة د. مفلح عواد، مرجع سابق، صفحة 391

([2]) المادة (32) من قانون الشركات الأردني، لسنة 1997 وتعديلاته.

([3]) القضاة د. مفلح عواد، مرجع سابق، صفحة 392.

المطلب الثاني

الأسباب غير المباشرة لانقضاء الشركة الفعلية

اهتدى الفكر القانوني إلى أسباب قانونية جديدة، يمكن من خلالها الحكم بانقضاء الشركة الفعلية، فيمكن للمحكمة أن تقضي بانتهاء الشركة نتيجة عدم كتابة عقد الشركة بالنسبة للشركة المدنية التي نشأت بصورة فعلية، وفي الشركات التجارية يمكن القول بأن عدم قيدها لدى مراقب عام الشركات يمنح الشركاء استرداد حصصهم من الشركة مما يستدعي انقضاء المطالبة بهذه الشركة.

الفرع الأول: الانسحاب

لم يتضمن التشريع الأردني تنظيم انسحاب الشريك من الشركات غير محدودة المدة، إلاّ إنّه يمكن استلهام ذلك من القواعد العامة من القانون المدني الأردني، ويلجأ الشركاء إلى تجنب انسحاب الشريك في الشركة الفعلية بتحديد مدة عقد الشركة منعاً من الوصول إلى حل الشركة وانقضاؤها نتيجة انسحاب أحد الشركاء، وتظهر فكرة الانقضاء بالدقة نتيجة حصول خلاف بين الشركاء حول مدة عقد الشركة وخاصة في حال صعوبة الحصول على دليل يثبت ذلك. ويعتبر هذا السبب غير المباشر الأول لانقضاء الشركة الفعلية([1]).

ويترتب على انسحاب الشريك في ظروف معينة أن يطالب بنصيبه في الشركة بالاتفاق الودي وإلاّ فإنه يلجأ إلى المحاكم للمطالبة بنصيبه من عقد الشركة. ولكن الواقع العملي يكشف أن الشركاء غالباً ما يتفقوا بشكل ودي فيما بينهم ولا يلجأون إلى المحاكم إلاّ في حالة الخلاف حول وجود الشركة، أو بسبب عدم توافر شروط الانسحاب مثل توفر حسن النية لدى الشريك المنسحب أو أن الوقت الذي تقدم فيه للانسحاب غير مناسب، ويقتصر دور المحكمة فقط في تنظيم تسوية الشركة، لأن الشركاء يكونوا قد لجأوا إلى الاتفاق الودي بينهم بسحب الشريك وإرجاع تصيبه من الأموال إلى زمنه الشخصية([2]).

([1]) القضاة د. مفلح عواد، مرجع سابق، صفحة 392.

([2]) القضاة د. مفلح عواد، مرجع سابق، صفحة 392

الفرع الثاني: استرداد الحصص قبل إنتهاء إجراءات التأسيس

يقصد بهذا السبب الإجراء الذي يقوم به جميع الشركاء للتقدم بطلب استرداد ما قدموه من حصص في رأسمال الشركة قبل انتهاء إجراءات تأسيسها، فإذا لم يخرج العقد التأسيسي للشركة فإن للشركاء في الشركة الحق في استرداد أموالهم واسترجاعها، وبهذا يظهر السبب غير المباشر الثاني لانقضاء الشركة الفعلية.

أن استرداد الحصص هو إجراء قانوني يقوم به الشركاء قبل تسجيل عقد الشركة مع أنه وكأصل عام لا يجوز للشركة ممارسة أي عمل إلاّ إذا قامت بتسجيل عقدها التأسيسي لدى دائرة مراقبة الشركات في وزارة الصناعة والتجارة ونشره. ويهدف هذا الإجراء إلى استرداد الحصص قبل أن يقوم الأطراف بتوثيق العقد منعاً لمخالفته الإجراءات القانونية وحتى لا تبقى الأموال مجمدة. ولا يستطيع أصحابها الحصول على الإرباح والخسائر المتوقعة. وبتسجيل عقد الشركة ونشره يظهر المركز القانوني للشركاء ويعرف كل شريك حقوقه والتزاماته. ويستطيع الغير التعرف على الشركاء الأصليين في الشركة بسهولة منعاً للاحتيال على الغير([1]).

يترتب على استرداد الشخص حصته من رأسمال الشركة فقدان الشركة جزء من رأسمالها أو فقدانه بشكل يمنع استمرارها كشركة بذات الشكل القانوني الذي اتفق عليه الشركاء، فيحق لكل ذو مصلحة التمسك بفسخ عقد الشركة إذا نقص رأسمال الشركة عن الحد القانوني المسموح به، بشرط أن يسبق ذلك إعذار للأطراف للقيام بتصحيح عقد الشركة، فيجب على الشركاء القيام بتصحيح النقص الإجرائي الظاهر في عقد الشركة بتدعيم الشركة الفعلية بالتصحيح أو التسوية. أو اختفاء عقد الشركة وزواله خصوصاً أن التشريعات تهدف في أغلب الأحيان الأخذ بالاتجاه الذي يهدف إلى استمرار عقد الشركة وعدم الحكم ببطلانه، حفاظاً على الضمان العام للشركاء وحقوق الغير، ومنعاً لظهور المشاكل بين الشركاء والدائنين الشخصين للشركة والشركاء والغير([2]).

([1]) القضاة د. مفلح عواد، مرجع سابق، صفحة 403.

([2])القضاة د. مفلح عواد، مرجع سابق، صفحة 405.

النتائج والتوصيات

النتائج

تناولت النصوص القانونية نظرية الشركة الفعلية كاستثناء على الأثر الرئيسي للبطلان والمتمثل باعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانوا عليها قيل التعاقد، وقد تناولت هذه الدراسة نظرية الشركة الفعلية بطبيعتها القانونية ونطاقها وآثارها. وقد توصلت الدراسة إلى العديد من النتائج نجملها فيما يلي :

1- اعترفت التشريعات المقارنة بالوجود الواقعي والفعلي لنظرية الشركة الفعلية، انطلاقا من الاعتراف القضائي بهذه النظرية، أي أن النظرية نشأت وترعرعت في القضاء الفرنسي والمصري وامتدت لتشمل القضاء الأردني، وتمثل هذا الاعتراف بها كنظرية قانونية استحدثت لسد ثغرات قانونية اعترت مختلف التشريعات ومنها التهرب الضريبي.
2- لم تعترف الشريعة الإسلامية بنظرية الشركة الفعلية كأصل عام لعدم اعترافها بالشخصية المعنوية المستقلة للشركة، إلا إن بعض الفقه ويمثله الشيخ علي الخفيف يرى جواز الاعتراف بنظرية الشخصية المعنوية للشركة وعدم اقتصارها على الشخص الطبيعي.
3- حددت التشريعات مجموعة من الضوابط القانونية اللازمة للاعتراف بنظرية الشركة الفعلية وتتمثل بأن تكون الشركة قد مارست نشاطا بالفعل وان لا تطبق نظرية الشركة الفعلية إلا في حالات البطلان النسبي ولا يتم الحكم ببطلان عقد الشركة بالرغم من توافر أسبابه إلا بناء على طلب ذوي المصلحة، كما أجاز إثبات وجود هذه النظرية بكافة طرق ووسائل الإثبات القانونية ولم يقتصرها على وسيلة محددة حصرا انطلاقا من مبدأ حسن النية واستقرار المراكز القانونية للأفراد، حيث أن الاعتراف القانوني بها يساهم في تخفيف حالات التهرب الضريبي مما يضيع على الدولة العديد من وارداتها.
4- توصلت التشريعات القانونية المختلفة لنظرية الشركة الفعلية استنادا إلى أسباب قانونية عملية. فاشترط الفقه والقضاء وجود شركة قانونية قائمة على أساس سليم مستوفية للشروط والأركان القانونية.

5- لم يقتصر الفقه والقضاء نطاق نظرية الشركة الفعلية على عنصر عدم كتابة عقد الشركة وعدم التسجيل لدى الجهات المختصة _كما هو حال التشريع الأردني _ بل توسع في ذلك ليشمل حالات أخرى مثل حماية ناقص الأهلية ولم يعترف بها في حالات أخرى مثل عدم مشروعية المحل او السبب؛ فاخضع ذلك للسلطة القضائية التي تتمتع بها المحاكم النظامية والتي لها مطلق الحرية في تقدير البينة ووزنها اذا ما أقامت ذلك على أسباب قانونية مبررة.

6- انطلاقا من حرص المشرع على حماية الغير حسن النية فقد أتاح للغير الخيار في التمسك بوجود عقد الشركة او تقرير بطلانه، ولم يسمح للشركاء التمسك ببطلان عقد الشركة تجاه الغير بضوابط محددة. ولم يمنح المشرع والفقه والقضاء هذا الخيار للشركاء احتراما للمبادئ والقواعد العامة في النظام القانوني.

7- أطلق المشرع نطاق حجية القرار القضائي الصادر بإعلان بطلان الشركة وجعل ذلك حجة على الكافة دون استثناء. بينما اقتصر حجية الحكم الصادر برد الدعوى شكلا أو موضوعا على الخصوم في تلك الدعوى. كما حددت الاحكام القضائية طرق وسائل انقضاء الشركة الفعلية.

التوصيات

اهتمت هذه الرسالة بدراسة نظرية الشركة الفعلية من كافة جوانبها القانونية والقضائية، ابتداءً بماهيتها ونشأتها حتى اثارها وانتهاؤها. وقد خرجت هذه الدراسة بالعديد من التوصيات أهمها:

1- أن يتم تنظيم نظرية الشركة الفعلية والتي تسعى الى تحقيق العديد من الاهداف بشكل مفصل وغير موجز؛ بان يحدد ماهيتها وأركان وجودها ونطاق تطبيقها وآثارها القانونية، ومدى خضوعها للقواعد العامة في تصفية الشركات؛ حيث إن اعتبار نظرية الشركة الفعلية استثناء من الاصل لا يغني عن إيجاد تنظيم قانوني يساهم في تحقيق الغاية الاساسية من وجودها ؛ بحيث يكون الاعتراف القانوني بوجودها اعترافا متكاملا لا يقتصر على تقرير الوجود الواقعي والفعلي لها.

2- أن تمنح النصوص القانونية القضاء سلطة قانونية أكثر في مجال تقرير الوجود القانوني لهذه النظرية ؛ بان تمنحها السلطة القانونية في تكييف الوقائع المعروضة عليها إخضاعها لنظرية الشركة الفعلية وعدم اقتصارها على عنصر عدم الكتابة او عدم التسجيل لدى دائرة مراقبة الشركات، مما يضمن توسيع نطاق تطبيقها بما يتوائم مع الواقع أو القانون.

3- منح القضاء سلطة اكثر في تحديد نطاق الحجية القانونية التي يكتسبها الحكم القضائي الصادر بالبطلان سواء كان الحكم النهائي صادر برد دعوى البطلان موضوعا او شكلاً، أو صادر بتقرير بطلان عقد الشركة. بالاضافة الى إيجاد الحلول القانونية التي تكفل توزيع الارباح والخسائر الناجمة عن عقد الشركة الباطل، فالاعتراف القانوني بالنظرية قضائي يجب ان يخرج بحلول قانونية تتجنب حدوث نزاعات بين الاطراف.

4- منح الشركاء الحق -ولو استثناء- الحق في التمسك ببطلان عقد الشركة في حالة الشركة التي تنشا بصورة واقعية، إذا اقتضت الضرورة ذلك احتراما لارادة الاطراف التي قد تكون اتجهت الى انشاء وتكوين عقد اخر غير عقد الشركة وعدم اطلاق حرية القضاء في اسباغ نظرية الشركة الفعلية على الشركة التي تنشا بصورة واقعية إذا توافرت البينات والاسباب الموجبة لذلك. ؛ احتراما لمبدأ سلطان الارادة في تكوين العقود وإنشائها بالشكل المناسب للافراد.

5- أن تحدد التشريعات التجارية الوقائع التي يمكن أن تخضع لها نظرية الشركة الفعليـــة، والوقائع التي لا تخضع لها في صورة قواعد عامة مع ايجاد الحلول القانونية المناسبة لكل واقعة على حدا بما يتناسب مع المبادئ والقواعد العامة في القانون المدني الاردني وعدالة الواقع ومنطق الامور.

6- منح الشركاء الحق في التمسك بنظرية الشركة الفعلية فيما بينهم في حالة عدم ظهــور جميع الشركاء عند التعامل مع الغير وفي العقد التاسيسي للشركة.

المصادر والمراجع

لقد قام الباحث بالرجوع إلى العديد من المصادر والمراجع أجملها فيما يلي:

* الكتب العلمية

ابن منظور، **لسان العرب.**

أنطاكي، رزق الله أنطاكي، **الحقوق التجارية البرية.** الجزء الاول، دمشق سوريا، لا يوجد تاريخ نشر.

البارودي، علي (1975). **القانون التجاري: الأعمال التجارية والتجار – الشركات التجارية والقطاع العام، المنشآت التجارية**، منشأة المعارف، الإسكندرية.

البستاني، د سعيد يوسف، (2004). **قانون الأعمال والشركات**، منشورات الحلبي الحقوقية ، لا يوجد طبعة، ص 267.

الخولي، أكثم أمين (1964). **دروس في الشركات التجارية والقطاع العام**، مكتبة نهضة مصر، القاهرة.

الخياط، د. عبد العزيز عزت، (1971). **الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي،** ط1، منشورات وزارة الأوقاف والمقدسات الإسلامية، صفحة 25،جمعية عمال المطابع التعاونية،عمان.الأردن.

سامي، فوزي محمد (2005). **الشركات التجارية**، مكتبة دار الثقافة، عمان.

سامي، فوزي محمد، (2003). **مبادئ القانون التجاري وفق المنهاج الجديد لجامعة العلوم التطبيقية**، الدار العلمية الدولية، عمان.

السنهوري، عبد الرزاق، (1952). **الوسيط في شرح القانون المدني ونظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام**، الجزء الأول.

الشرقاوي، د. محسن، (1982). **القانون التجاري**– طبعة 1982 جزء أول،رقم 246.

طه، مصطفى كمال (2007). **الشركات التجارية: الأحكام العامة في الشركات، شركات الأشخاص وشركات الأموال**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.

عبد المقصود، يوسف محمود، (1980). **أحكام الشركات في الفقه الإسلامي،** المقارن الطبعة الأولى 1980م، دار الطباعة المحمدية، درب الاشتراك بالأزهر، القاهرة، صفحة 9

العريني والفقي، محمد فريد ومحمد السيد، (2005). مؤلف مشترك، **الشركات التجارية** منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.

العريني، محمد فريد (1992). **الشركات التجارية،** دار الفتح- الإسكندرية.

العريني، محمد فريد (2003). **الشركات التجارية: المشروع التجاري بين وحدة الإطار القانوني وتعدد الأشكال،** دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.

عطوي، فوزي عطوي (2005). **الشركات التجارية في القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية،** منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.

العكيلي، عزيز عبد الأمير (2005). **الشركات التجارية،** مكتبة دار الثقافة، 1995م.

القضاة، مفلح عواد القضاة (1985م)، **الوجود الواقعي والوجود القانوني للشركة الفعلية في القانون المقارن،** جامعة القاهرة رسالة دكتوراه.

القليوبي، سميحة (1988). **الشركات التجارية،** دار النهضة العربية، القاهرة، ط2.

الكيلاني، د. محمود، **التشريعات التجارية والمعاملات الالكترونية،- الأعمال التجارية والتجار والعقود التجارية – الشركات التجارية – عمليات البنوك والمعاملات الالكترونية،** جامعة عمان الأهلية، دار وائل للنشر، ط1 – 2004 – صفحة 182.

معوض نادية محمد، **الشركات التجارية،** (2001). دار النهضة العربية، القاهرة، لا يوجد طبعة صفحة 45.

ناصيف، إلياس (2000). **موسوعة الشركات التجارية،** بيروت، الناشر إلياس ناصيف، ج1.

نصر الله، مرتضى ناصر (1969). **الشركات التجارية،** مطبعة الإرشاد، بغداد.

يونس، علي حسن (1996). **الشركات التجارية،** دار الفكر العربي، القاهرة.

ملحم والطراونة، دباسم ملحم ودبسام الطراونة، 2011الشركات التجارية، دار المسيرة للنشر والتوزيع ، عمان، الاردن

*** القوانين:**

1- القانون المدني الاردني رقم (43) لسنة 1976.

2- قانون الشركات الاردني رقم (22) لسنة 1997 وتعديلاته.

*** قرارات محكمة التمييز الاردنية واللبنانية والنقض المصرية والسورية والكويتية.**

*** المواقع الإلكترونية**

أ. منشورات مركز عدالة.
ب. موقع الكاتب القانوني.
ت. موقع التشريعات الاردنية

LEGAL ASPECTS OF THE COMPANY IN THE ACTUAL LAW AND THE ELIMINATION OF JORDAN

By

Ahmad Ali Ahmad Khawaldeh

Supervisor
Dr. Basem Melhem

ABSTRACT

The theory of the actual company or the company's real One theory is recognized by the legal regulation of Jordan, which are based on the origin of nullity to be retroactively go with restore the situation to what it was before his report, that the work of this retroactivity of invalidity regarding the company does not correct if the had lived for a time and became her dealings with others, do not justify considering the company as if the were not and the denial of its existence in the period in which the person significant to the consequent results of abnormal and harmful to others and then headed for the judiciary to recognize the presence actual company if exposed to the invalidity before judging him so disrupts the effect of retroactivity, the invalidity does not apply to the company's past, but its impact is limited only to the future.

Was addressed by this study, the theory of the actual company in many ways; where he addressed the introductory chapter to this topic and the concept of the theory of the company and its historical development, legal system of the companies through regulation legislation for companies and the general rules of corporate, personal and

moral of the company, in addition to the idea of the emergence of the company's actual Indeed, the practical and legal. Has dealt with the first chapter of the letter the nature of the theory of the actual company and what they are legal; where divided this chapter into two sections address the first research theme of what the actual company and its historical development and the position of Islamic law from them. The second section was devoted to talk about the staff of the company's contract in general and in the three demands of the General Staff of the contracts and Staff objective of holding company and staff to hold a formal company.

The second chapter is devoted to study the scope of the theory of the actual company and its legal and elapse of the three sections, the first of which occur on cases of disappearance and appearance of the theory, and the second impact, and the third dealt with elapse. The study reached several conclusions, including recognition of the legal system theory of the actual company based on judicial recognition of, and set a legislator and jurisprudence and eliminate a specific area of the theory of the actual company has expanded jurisprudence and the judiciary in the interpretation and explanation of this theory and to determine their impact on the company itself, partners, and others, as well as ways elapse. The study concluded a set of recommendations arising from the application of the theory of the actual company

الجامعة الأردنية
كلية الدراسات العليا

إقرار والتزام بقوانين الجامعة الأردنية وأنظمتها وتعليماتها لطلبة الماجستير والدكتوراة

أنا الطالب : أحمد علي أحمد جوالدة الرقم الجامعي ٨٠٩٠٢٣٣

تخصص : القانون / ماجستير الكلية : الحقوق

عنوان الرسالة / الأطروحة : الجوانب القانونية للشركة المغلقة في القانون والقضاء الأردني

اعلن بأنني قد التزمت بقوانين الجامعة الأردنية وأنظمتها وتعليماتها وقراراتها السارية المفعول المتعلقة باعداد رسائل الماجستير والدكتوراة عندما قمت شخصيا باعداد رسالتي / أطروحتي بعنوان : الجوانب القانونية للشركة المغلقة في القانون والقضاء الأردني وذلك بما ينسجم مع الأمانة العلمية المتعارف عليها في كتابة الرسائل والأطاريح العلمية . كما أنني أعلن بأن رسالتي / أطروحتي هذه غير منقولة أو مستلة من رسائل أو أطاريح أو كتب أو أبحاث او أي منشورات علمية تم نشرها أو تخزينها في أي وسيلة اعلامية ، وتأسيسا على ما تقدم فأنني اتحمل المسؤولية بأنواعها كافة فيما لو تبين غير ذلك بما فيه حق مجلس العمداء في الجامعة الأردنية بإلغاء قرار منحي الدرجة العلمية التي حصلت عليها وسحب شهادة التخرج مني بعد صدورها دون أن يكون لي أي حق في التظلم أو الاعتراض أو الطعن بأي صورة كانت في القرار الصادر عن مجلس العمداء بهذا الصدد .

توقيع الطالب :- [signature]

التاريخ: ٨/٤/٢٠١٢

تعتمد كلية الدراسات العليا
هذه النسخة من الرسالة
التوقيع [signature] التاريخ ١٢/٤/٢٠١٢